جواهر الكلام

« في شرح شرائع الإسلام »

تأليف

شيخ الفقهاء وإمام المحققين الشيخ محمد حسن النجفي

المتوفى سنة ١٢٦٦

الجزء السابع و العشرون

حققه و علق عليه

الشيخ علي الآخوندي

طبع على نفقة

دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان ١٩٨١

الطبعة السابعة

بسم الله الرحمن الرحيم

و به نستعين

كتاب المزارعة والمساقاة

﴿ أمّا المزارعة فهي﴾ لغة : مفاعلة من الزرع وشرعاً ﴿معاملة على الأرض بحصّة من حاصلها﴾ ولعلّ تحقّق المعنى اللغوي فيه باعتبار مباشرة أحدهما وأمر الآخر به نحوما سمعته في المضاربة و هل هي المخابرة ؟ فيه خلاف لافائدة مهمة في تحقيقه لكن في المسالك « قديعبّر عن المزارعة بالمخابرة إما من الخبر وهو الإكار أومن الخبارة وهي الأرض الرخوة أومأخوذ من معاملة النبي صلى الله عليه وآله لأهل خيبر .

وعلى كل حال فالمعاملة في تعريفها بمنزلة الجنس الشامل للاجارة والمساقاة وغيرهما ، وبالاخير يخرج الأوّل ، لعدم صحّتها بحصّة من النماء كما أنّه بالأوّل يخرج الثاني ، لأنها معاملة على الأصول بحصّة منها وان كانت الارض تابعة وقدعرفت غير مرّة أنّ المراد بنحوهذا التعريف في كلامهم التصوير والتمييز في الذهن في الجملة فلا يناسب الإطناب في بيان فقده لوازم التعريف من الطرد والعكس وغيرهما كما هو واضح .

ولا ريب في مشروعية هذا العقد عندنا ، وعند أكثر علماء الإسلام ، بل نصوصاً فيها وفي المساقاة مستفيضة أومتواترة .

منها خبر أبي الربيع الشامي [1] «عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الرجل

---

(١) الوسائل الباب -٨- من ابواب أحكام المزارعة والمساقاة الحديث ١٠ .

يزرع أرض رجل ، فيشترط عليه ثلثا للبذر وثلثاً للبقر فقال : لاينبغي أن يسمّى بذراً ولا بقراً ولكن يقول لصاحب الارض : أزرع أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أوثلث ، أوما كان من شرط ، ولا يسمي بذراً ولا بقراً إنما يحرّم الكلام » .

ونحوه خبر النضر بن سويد (١) عن عبد الله بن سنان « أنه قال : في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره ، فيقول : ثلث للبقر وثلث للبذر ، وثلث للأرض قال :لايسمّى شيئاً من الحبّ والبقر ، ولكن يقول : أزرع فيها كذا وكذا إن شئت نصفاً ، وإن شئت ثلثاً » .

ومنها صحيح يعقوب (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث « سألته عن الرجل يعطي الرجل أرضه وفيها رمّان أو نخل أوفاكهة ، ويقول : اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ماأخرج ؟ قال : لابأس » خلافاً للشافعي وأبي حنيفه وبعض العامة فمنعوا منه إلّا في مواضع مخصوصة .

﴿وكيف كان فـ﴿عبارة﴾ عقد ﴿ها أن يقول : ﴾ الموجب وهومن بيده الارض ﴿ زارعتك أوازرع هذه الارض أوسلمتها إليك ، وما جرى مجراه مدّة معلومة ، بحصة معيّنة من حاصلها ﴾ فيقول القابل ، قبلت ، و جريان المعاطاة فيها على ماحققناه في محلّه بل حققنا الحال في اعتبار مادة لفظ مخصوص وهيئته في العقد اللازم وعدمه ، وقد ذكرنا قوّة الثاني و أنه يكفي في تأديته جميع مايفيده من الألفاظ ولو على طريق المجاز إلاما لايتعارف أيضاً في تأدية مثله من الخطاب ولو لاستهجان المجاز فيه .

ولعلّه على هذا توسّع المصنف هنا ، فذكر سلمتها وما جرى مجراه ، وصيغة الأمر ، بل في جامع المقاصد والمسالك الاستدلال على جواز الاخير الذى نسبه في الروضة هنا إلى المشهور بخبرى أبي الربيع والنضر بن سويد المتقدمين ، وإن ناقشا

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب احكام المزارعة و المساقاة الحديث ٥ .

(٢) الوسائل الباب ـ٩ـ من ابواب احكام المزارعة والمساقاة الحديث ـ ١ـ باختلاف يسير .

فيه بعدم الدلالة فيهما ، على أنّ هذا هوالعقد ، خصوصاً مع عدم التصريح بالقبول ، فيمكن أن يكون هذا من جملة القول الذي يكون بين المتعاقدين قبل العقد ، لتقرير الأجر بينهما ، واختاراعدم الصحّة ، وكذا في الرياض إلاّ أنه استدل عليه بخبر يعقوب السابق وضعفه أولا : بأنّ غايته نفي البأس ، وهو لايدلّ على اللزوم المطلوب اثباته بالصيغة ، وثانياً : بعدم تضمنه القبول ولو فعلاً ، و هو كاشف عن أنّ المراد من ذكر ذلك بيان مايصحّ مساقاته ، لاصيغتها حتى يستدلّ به على ذلك .

لكن لايخفى عليك مافي الجميع بعد الاحاطة بما أسلفناه في كتاب البيع ، وخبرا أبي الربيع والنضر ، إنماهما بصيغة المضارع ، لاالأمر ، وظاهر قوله فيأحدهما « انما يحرم الكلام » إرادة العقد بذلك ، ونفي البأس فيخبر يعقوب بعد ظهور القول فيه في الصيغة دالّ على صحّتها المترتب عليه أحكامها فإذاً الاقوى جواز ذلك كلّه لانّ التحقيق عدم الاجمال في العقد كي يقتصر فيه على المتيقن في المادّة والهيئة .

نعم الظاهر اعتبار القول أيضاً فيقبولها ، كغيرها من العقود اللازمة ، و ترك المصنف لههنا فيبيان عبارتها ، لعدم اعتبار لفظ مخصوص فيه ، بلهو جميع مادلّ على الرضا بالايجاب ، فما فيالمسالك من إحتمال كون ذلك منهلبيان الاكتفاء فيه بالفعل كما اختاره العلاّمة فيالقواعد فيغير محلّه ،هذا وفيالمسالك « واعلم أنه قداستفيد من حقيقة المزارعة ومن صيغتها أن المعقود عليه هو الأرض المملوكة المنتفع بها - إلىأن قال- وإنهلاتشرع المزارعةبين المتعاملين إذالميكن الأرض ملكاًلأحدهما كما في الأرض الخراجية ، وإنبقي من لوازمهامايمكناشتراكهما فيه ، لما قدعرفت أنّ متعلقها والمعقود عليه هو الأرض فلواتفق اثنان على المعاملة في مثل ذلك في الأرضالخراجية ، فطريق الصحّة الاشتراك في البذر » إلى تمام ماذكره من الحيل الشرعية المفيدة للاشتراك في الحاصل ، على حسب ما يتفقان عليه بغير طريق المزارعة .

وقدينافش فيه بأنّ صيغة المزارعة التي هي زارعتك و سلّمتك ونحوهما وحقيقتها -التي هي المعاملة علىالارض بالحصّة منحاصلها - لاتقتضي اعتبار ملكية

الأرض، لاعيناً ولا منفعة، بل يكفي فيها الأولويّة الحاصلة في أرض الخراج بالإحياء أو بالتفويض، ممّن هي في يده من حاكم الجور أو الشرع أو غير ذلك.

ومن هنا جزم في الكفاية بعدم اعتبار ذلك في المزارعة، وذكر جملة من النصوص الدالّة على جواز مزارعة أرض الخراج، كصحيح الحلبي (١) عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث «سئل عن مزارعة أهل الخراج بالنصف والثلث والربع قال: نعم لابأس به، قد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر أعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخبر والخبر هو النصف» وفي خبر الفيض بن المختار (٢) «قال قلت لأبي عبدالله عليه السلام: جعلت فداك ماتقول في أرض أتقبلها من السلطان ثم أواجراها أكرتي على أنّ ماأخرج الله تعالى منها من شيء كان لي من ذلك النصف أو الثلث بعد حقّ السلطان قال: لابأس به كذلك أعامل أكرتي.

وفي خبر يعقوب بن شعيب (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام «سألته عن الرجل له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمّرها ويصلحها ويؤدي خراجها وماكان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس ـ إلى أن قال: ـ وسألته عن المزارعة فقال: النفقة منك، والأرض لصاحبها، فما أخرج الله من شيء قسّم على الشطر، وكذالك أعطى رسول الله صلى الله عليه وآله يهود خيبر حين أتوه فأعطاهم إيّاها على أن يعمّروها ولهم النصف مما أخرجت» إلى غير ذلك.

قلت: قد يقال: إنّ مراد الشهيد مالاينافي شيئاً مما سمعت، و ذلك لأنه لايكاد ينكر ظهور ماذكروه من تعريف المزارعة المزبورة ومن صيغتها المذكورة في كون الأرض مملوكة العين أو المنفعة أو الانتفاع، والا لم يكن وجه للمعاملة عليها بالحصّة من حاصلها التي مقتضاها تسليط العامل عليها بعوض هو الحصّة من الحاصل، فهي حينئذ كالإجارة بالنسبة إلى ذلك، وإن اختلفت معها في

(١) الوسائل الباب ـ٨ـ من ابواب أحكام المزارعة والمساقاة الحديث ـ٨ـ.

(٢) الوسائل الباب ـ١٥ـ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة الحديث ـ٣ـ.

(٣) الوسائل ـ١٠ـ من ابواب أحكام المزارعة والمساقاة الحديث ـ٢ـ.

الأجرة بل هو معنى زارعتك على هذه الارض ، أو سلمتك إيّاها أوسلّطتك عليها بالحصّة من حاصلها ، إذلا معنى له بدونه ، فإنّ المعاوضات التمليكية لايتصور فيها عدم ملكية العوضين ، أوأحدهمابأحد الوجوه التي ذكرناها ، بلقد سمعت مافي خبر يعقوب المسؤل فيه عن المزارعة ، فقال : « النفقة منك والأرض لصاحبها فما أخرج الله تعالى من شيء قسّم على الشطر » كغيره من النصوص الظاهرة فيكون الأرض في المزارعة مملوكة عيناً أو منفعة أو انتفاعاً ، بمعنى اعتبار السلطان على الأرض للمزارع ، وأرض الخراج وإن كانت غير مملوكة العين ذاتاً لكنها قدتملك منفعتها بالاستيجار من السلطان ، الذى قدأجرى الشارع ذلك منه مجرى سلطان العدل أو بالتقبيل أوغيرذلك ممايفيد تمليك المنفعة أوالانتفاع ، وكذا من سبق إليهافأحياها وقلنا : إنه بذلك يكون أحق من غيره في الانتفاع بها ، فإنه في الحقيقة مالك الانتفاع بها ، ولذا يصحّ له جعل مثل هذه الأحقّية ثمناً لمبيع وأجرة في الإجارة إذهو كالتحجير ونحوه من الحقوق المالية .

وعلى هذا ونحوه خرجت نصوص مزارعة أرض الخراج ، لاما إذا لم يكن لأحدهما تسلّط على منفعتها ، أو الانتفاع بها ، فإنّه لاخصوصية لأحدهما على الآخر على وجه يكون أحدهما مزارعاً والآخر عاملاً بل لابدّ حينئذ في إرادة الاشتراك في نمائها على التساوي ، او التفاضل ، من الاشتراك في البذر كذلك ، أو غير ذلك من الوجوه والحيل التي ذكرها في المسالك مما هو منطبق على قواعد الإجارة والصلح أوغيرهما ، لاالمزارعة لفقد تسلط أحدهما على الأرض الذيهوركن في المزارعة ، كي يدفعها إلى الآخر بالحصّة من حاصلها الذى قدعرفت أنه في المعنى إجارة .

وبذلك كلّه ظهر أنه لاوجه لمناقشته بما عرفت ، وبمخالفته للنصوص السابقة ودعوى ظهور كلامه فى اعتبار ملكية العين في المزارعة مقطوع بفسادها ، فانّ القواعد والنصوص والفتاوى صريحة في خلافها ، ويبعد خفاء مثل ذلك على مثل الشهيد .

نعم يبقى شيء ، وهو أن قضية ماذكرنا عدم صحّة المزارعة على الأرض المستعارة ولو للزراعة على وجه يملك المستعير الحصّة على المزارع ، لعدم الملك عيناً ومنفعة وانتفاعاً ، فاذا وقعت المزارعة منه حينئذ فهي في الحقيقة للمالك ، وإن قصد بها نفسه فأرض الخراج التي يفوّض أمرها الجائر مثلاً إلى شخص مثلاً على أنّها له إذا زارع عليها ، لا يملك الحصّة ، ضرورة عدم ملك العين أو المنفعة أو الانتفاع بذلك ، بل تكون الحصّة حينئذ للمسلمين ، على فرض صحّة المزارعة .

نعم إذا استمر الجائر على الإباحة إلى قبض الحاصل ، كان الملك حينئذ بذلك ، لا بالمزارعة ، فتأمّل جيّداً .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ هو ﴾ أي عقد المزارعة ﴿ عقد لازم ﴾ بلا خلاف بل لعلّ الاجماع بقسميه عليه ، لقاعدة اللزوم المستفادة من آية « اوفوا » وغيرها فـ ﴿ لا ينفسخ ﴾ حينئذ اختياراً ﴿ إلا بالتقايل ﴾ المطلقة أدلّته ، أو باشتراط الخيار ونحوه . نعم قد تنفسخ قهراً بخروج الأرض عن الانتفاع ونحوه ، ﴿ ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين ﴾ كغيره من العقود اللازمة ، فإذا مات ربّ الأرض انتقل حكم العقد إلى وارثه ، وإذا مات العامل قام وارثه مقامه ، أو استؤجر من ماله - ولو الحصّة المزبورة - على اتمام العمل .

ولكن في المسالك وغيرها أنّه ربما استثني من ذلك ما إذا شرط المالك على العامل العمل بنفسه ، فإنها حينئذ تبطل بموته ، قال : « ويشكل لو كان موته بعد خروج الثمرة ، لأنه حينئذ قد تملك الحصّة وإن وجب عليه بقيّة العمل ، فخروجها عن ملكه بعد ذلك بعيد ، نعم لو كان قبله اتجه » .

قلت : قد يقال بأنّ الملك حينئذ وإن حصل ، لكنّه متزلزل إلى حصول تمام العمل ، نحو ملك العامل في المضاربة في بعض الأحوال ، بل الظاهر حينئذ البطلان والرجوع إلى أجرة المثل على فرض القول باحترام عمله في هذا الحال ، ولا يقسط على الحصة ، وإن قلنا به في الاجارة على العمل المشروط فيه المباشرة ، لعدم ظهور

مقابلة أجزاء العمل بأجزاء الحصّة هنا ، لا شرعاً ولا قصداً بخلافه في الاجارة ، وإلاّ لاتّجه حينئذ ملك بعض الحصّة ببعض العمل قبل ظهور شيء من الزّرع ، وهو معلوم البطلان كما هو واضح .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ الكلام إمّا في شروطه ﴾ أى هذا العقد ﴿ وإمّا في أحكامه ﴾ .

اما الشروط : فثلاثة

﴿ الاوّل : أن يكون النماء مشاعاً بينهما ، تساويا فيه أو تفاضلا ﴾ بلاخلاف على ما في الرياض ، بل في الغنية الاجماع عليه ، وإنّه الحجّة مضافاً إلى قاعدة الاقتصار على المتيقن من النّص والفتاوى في عقدالمزارعة والمساقاة ، المخالف لاصالة عدم الغرر ، بل في الصحيح [1] « لا تقبل الأرض بحنطة مسمّاة ، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لا بأس به » وفيالمسالك في تفسير الشرط المزبور « أى يكون مجموع النماء بينهمامشاعاً ، فيخرج بذلك ما لوشرط أحدهما شيئاً معيناً ، والباقي للآخر أولهما ، وما لو شرط أحدهما خاصّة وغير ذلك ، والوجه في بطلان الجميع منافاته لوضع المزارعة » .

قلت : لا خلاف ولا إشكال في بطلان المزارعة مع عدم الاشاعة في شيء منها ﴿ فلو شرطه ﴾ أى النّماء ﴿ أحدهما لم يصحّ وكذا لو اختص كل واحد منهما بنوع من الزرع دون صاحبه كأن يشترط أحدهما الهرف ﴾ أى المتقدم من الزرع ﴿ والاخر الأفل ﴾ أى المتأخر منه ﴿ أو ما يزرع على الجداول ﴾ بمعنى الانهار الصغار أو مايجمع حولها من التراب منقطع الارض ﴿ والاخر مايزرع في غيرها ﴾ أو نحو ذلك مما لا إشاعة في شيء منه بينهما .

---

(١) الوسائل الباب ـ ٨ ـ من ابواب احكام المزارعة الحديث ـ ٣ ـ .

وأما إذا كانت الإشاعة في الجملة محققة ﴿و﴾ لكن بعد استثناء شيء معين كما ﴿لو شرط أحدهما قدراً من الحاصل ومازاد عليه بينهما﴾ فإنه ﴿لم يصح﴾ أيضاً عند المصنف وجماعة ، بل ربما قيل : إنه المشهور ، سواء كان مقدار البذر أو غيره لا ﴿لجواز أن لا تحصل الزيادة﴾ فيبقى الآخر بلا شيء ، إذ يمكن فرضه فيما يكون الغالب عادة حصولها ، بل لمنافاته الثابت من شرع المزارعة الذي هو كون النماء جميعه مشاعاً بينهما ، خلافاً لما عن الشيخ وجماعة من جواز اشتراط مقدار البذر بل عن الفاضل جواز استثناء شيء مطلقاً ، ورجحه في الكفاية ، ولعله للعمومات والاطلاقات بعد منع ظهور ما دل على شرعية المزارعة في إشاعة جميع الحاصل بينهما بل ربما كان الظاهر منه خلاف ذلك ، خصوصاً إذا كان الإستثناء لأجنبي عنهما ، ولعل منه استثناء قدر معين لخراج السلطان ، كما أن من الأول استثناء مقدار ما يصرف على عمارتها أولا ثم قسمة الحاصل بينهما .

بل لعل خبر ابراهيم الكرخي [1] كالصريح في أن المدار على الشرط ، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أشارك العلج فيكون من عندي الأرض والبذر والبقر ، ويكون على العلج القيام والسقي والزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً ، وتكون القسمة فيأخذ السلطان حقه ، ويبقى مابقي ، على أن للعلج منه الثلث ، ولي الباقي قال : لابأس بذلك ، قلت : فلي عليه ان يرد علي مما أخرجت الارض البذر ،ويقسم مابقي ، قال : إنما شاركته على أن البذر من عندك ، وعليه السقي والقيام» .

كظهور خبر يعقوب بن شعيب [2] في استثناء غير ذلك «قال : سألت أباعبد الله عليه السلام عن الرجل تكون له الارض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ، ويؤدي خراجها ، وماكان من فضل فهو بينهما ، قال : لابأس» إلى غير ذلك من النصوص على اختلافها في الظهور والإشعار بجواز ذلك الذي هو في الحقيقة لاينافي الاشاعة ، خصوصاً إذاكان لاجنبي ، وإن نافى كونه بينهما .

---

(١) الوسائل الباب ١٠ - من ابواب احكام المزارعة و المساقاة ، الحديث - ١ .

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من ابواب احكام المزارعة والمساقاة الحديث - ٢ -

ومن الغريب بعد ذلك كلّه مافي الرياض حيث أنّه بعد أن حكى عن الكفاية ترجيح ذلك استناداً إلى قوله تعالى [١] « إلّا أن تكون تجارة عن تراض » قال : «وهو كما ترى ، إذ ليس المستفاد منه إلّا الجواز مع الرضا ، وهو لا يستلزم اللزوم مع فقده ولو بعدها ، كما هو المدّعى ، مع أنه مخصّص بما مضى ، مضافاً إلى ما دلّ [٢] على النهي عن التجارة المتضمنة للغرر ، والجهالة ، ومنها مفروض المسألة كما مرّ إليه الاشارة ، وبه صرّح في الغنية ، فقال ، بعد الاستناد إلى الاجماع : ولعلّه لا يسلم إلّا ما قد عيّنه ، فيبقي ربّ الأرض والنخل بلا شيء وقد يعطب إلّا غلة ما عيّنه ، فيبقى العامل بلا شيء .

إذ لايخفى عليك مافيه من عدم انحصار الدليل في الآية التي يكفي في المطلوب دلالتها على الجواز والمشروعية ، واللزوم يستفاد حينئذ من آية [٣] « أوفوا » وغيرها وليس فيما مضى ما يصلح مخصّصاً ، إذ ليس إلّا دعوى شرعيّتها على خلاف ذلك ، وقد عرفت منعها على مدّعيها ، وأنّ الاطلاقات والعمومات تكفي في اثبات شرعيتها على الوجه المزبور ، ولا نهي عن مطلق الغرر على وجه يشمل هذه المعاملة التي هي مبنيّة عليه .

وما في الغنية ظاهر في استثناء قطعة من الأرض يختصّ بها العامل أو ربّ الأرض ، وهو غير ما نحن فيه من اشتراط مقدار معيّن كلّي من الحاصل ، لأحدهما الذي قد عرفت عدم منافاته للاشاعة ، حتى لو كان لأحدهما ، بناء على أنه كاستثناء الأرطال المعلومة في بيع الثمار ، مع أنه قد يمنع عدم جواز ذلك أيضاً ، إذا كان بطريق الشرط خارجاً عن أرض المزارعة ، لعموم الأدلة وإطلاقها ، ولعلّ منه ما في أيدي الناس الان من اشتراط الشكارة المختصّة بالسركار أو الفلاّح أو غيرهما ، ومن ذلك كلّه يظهر الوجه فيما ذكره المصنف بقوله .

---

(١) سورة النساء الاية ــ ٢٩ ــ .

(٢) الوسائل الباب ــ ٤٠ ــ من ابواب آداب التجارة الحديث ــ ٣ ــ

(٣) سورة المائدة الاية ــ ١ ــ

﴿ أما او شرط أحدهما على الاخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً إلى الحصة ﴾ من ذهب أو فضة أو غيرهما ﴿ قيل : ﴾ والقائل المشهور ﴿ يصح ﴾ بل لعل عليه عامة من تأخر بل قد يشعر ما في المسالك ومحكي غيرها بعدم الخلاف فيه ، حيث لم يعلما القائل بالاخر ﴿ و ﴾ انقال المصنف : ﴿ قيل : يبطل و ﴾ على كل حال لا ريب في أن ﴿ الاول أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، بل في المفاتيح في بعض الأخبار عليه دلالة ، قيل : ولعله ما اشار إليه في الكفاية من بعض المعتبرة [١] « عن الرجل يزرع له الحراث الزعفران ويضمن له أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهما ، فربما نقص وغرم ، وربما استفضل وزاد ، قال : لا بأس إذا تراضيا » هذا .

ولكن في المسالك « إن قراره حينئذ مشروط بالسلامة كاستثناء أرطال معلومة من الثمرة في البيع ، ولو تلف البعض منه سقط منه بحسابه ، لأنه كالشريك وإن كان حصته معينة» .

قلت : قد يشكل ذلك بمنافاته لعموم ما دل على لزوم الشرط بعد فرض كونه في الذمة ، وبذلك يفرق بينه وبين استثناء الارطال التي هي بعض المبيع ، ولا مناص عن كونه حينئذ كالشريك .

نعم قد يتم ذلك في المسألة الاولى التي هي اشتراط قدر معين من الحاصل ، ولعله المراد لثاني الشهيدين ، وإن توهم بعض من تأخر عنه أن مراده الاخير وتبعه عليه ، إلا أنه كما ترى لا وجه له ، بل لعل في الحكم بالسقوط منه بحسابه في المفروض اشكالا ، عملاً بالشرط الموافق لتعليل المنع في المتن وغيره ، وإن كان هو الاقوى ما لم يعلم إرادة خلافه من الشرط .

﴿ وتكره إجارة الارض للزراعة ﴾ حنطة ﴿ بالحنطة أو ﴾ شعيراً بـ ﴿ الشعير ﴾ مع ضمان ذلك في الذمة ، وأما إذا كان ﴿ مما يخرج منها و ﴾ يحصل فيها مشخصاً للثمن بذلك فـ ﴿ المنع أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، ضرورة اعتبار ملكية

(١) الوسائل الباب ــ ١٤ ــ من ابواب احكام المزارعة الحديث ــ ١ ــ

الاجرة التي هي عوض المنفعة المملوكة خارجاً أو ذمّة ، ولا شيء منهما في الفرض . ومن ذلك يعلم عدم الفرق بين تشخيص كونه منها ، أو من أرض أخرى ، ولا بين استيجارها بجنس مايريد زرعه فيها وغيره .

وإلى ماذكرنا أشار الصادق عليه السلام في خبر أبي بصير [1] لاتؤاجر الأرض بالحنطة والشعير ولا بالتمر ولا بالأربعاء ولا بالنطاف ، ولكن بالذهب والفضّة ، لأنّ الذهب والفضة مضمون ، وهذا ليس بمضمون » بناءعلى إرادة عدم إجارتها بذلك إذا كان منها حتى يصحّ التعليل فيه ، بل منه يعلم كونه المراد من غيره من الأخبار المشتملة على النهي عن إجارتها بالحنطة والشعير من دون تعليل ، خصوصاً مع ملاحظة العادة في ذلك .

مضافاً إلى خصوص خبر أبي بردة [2] سألت أباعبدالله عليه السلام عن إجارة الأرض المحدودة بالدراهم فقال : لابأس قال : وسألته عن إجارتها بالطعام فقال : إن كان من طعامها فلا خير فيه » .

وخبر الفضيل بن يسار [3] « سألت أباجعفر عليه السلام عن إجارة الارض بالطعام قال : إن كان من طعامها فلا خير فيه » والمناقشة في السند أو الدلالة مدفوعة بالاعتبار بالشهرة العظيمة ، بل لم أجد مخالفاً صريحاً ، إلاّ مايظهر من المصنف في النافع .

مؤيداً ذلك كلّه بالحسن [4] «عن رجل اشترى من رجل أرضاً جرباناً معلومة بمأة كرّ على أن يعطيه من الأرض قال حرام » بناء على عدم ظهور الفرق بين ثمن المبيع والأجرة ، هذا كلّه إذا شخص الثمن بذلك .

أما لوجعله في الذمّة ولكن شرط الأداء منها أومن أرض معيّنة أخرى فلا يبعد الجواز ، للعمومات ، ويجري عليه حكم الشرط حينئذ ، مع احتمال البطلان فيه ، عملاً بما سمعته من النصوص في خصوص هذا الشرط .

وأمّا إذا لم يذكر لامشخصاً ولا شرطاً فلا ريب في أن الأصول والعمومات تقتضي

---

(١) الوسائل الباب ــ ١٦ ــ من ابواب أحكام المزارعة الحديث ــ ٢ .

(٢) (٣) الوسائل الباب ــ١٦ــ من ابواب أحكام المزارعة الحديث ــ٩ــ٥ .

(٤) الوسائل الباب ــ١٢ــ من ابواب بيع الثمار الحديث ــ ٢ .

الجواز، مضافاً إلى التعليل والمفهوم من الأخبار السابقة الحاكمين على اطلاق غيرها من النصوص الذي قدعرفت مع ذلك انسياقه إلى إرادة مايخرج منها، من غير فرق في ذلك بين كون الأجرة من جنس مايزرع فيها، وغيره.

خلافاً لبعض فمنع منه مع كونها من جنس مايزرع فيها لصحيح الحلبي (١) عن الصادق عليه السلام « لاتستأجر الارض بالحنطة ثم تزرعها حنطة » وفيه مع عدم وفائه بتمام المدعى ـ أنه يمكن حمله على إرادة ماإذا كان منها، بل لعلّه لايخلو من إيماء إليه، أو يحمل النهي فيه على الكراهة.

لكن في المسالك. « فيه نظر لأن النهي فيه مطلق، ولا منافاة بينه وبين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بينهما بحمله، و التحقيق أنّ المطلق والمقيد متى كانا منفيّين لايلزم الجمع بينهما، بل يحمل المطلق على إطلاقه، بخلاف المثبت وبملاحظة ذلك يخرج فساد كثير مما قررناه في مثل هذا الباب، وقدمضى مثله في النهي عن بيع الطّعام قبل قبضه مع ورود نص آخر بتحريم بيع المكيل والموزون كذلك، حيث جمع الأكثر فيهما بحمل المطلق على المقيد، وليس بشيء وتحقيق ذلك في الأصول، مع أنه يمكن حمل الخبر الأول على الإطلاق كالثاني، بأن يريد بكونه من طعامها أي من جنسه، ويؤيّده ظهور الكراهة منه، ولو كان من نفسه لكان اللازم التصريح بالمنع، فإن عدم الخير لايبلغ حدّ المنع فإن المباح والمكروه لايوصف بالخير ولايفيده، وبينه وبين الشرّ واسطة، وأما النهي فالأصل فيه التحريم، فحمله على الكراهة بغير دليل أمر غير حسن، وقول ابن البراج بالمنع مطلقا لايخلو من قوة، نظراً إلى الرواية الصحيحة إلاّ أنّ المشهور خلاف قوله ».

قلت: فيه مالا يخفى عليك ضرورة كون التعارض بينهما بمفهوم الشرط الذي هو بحكم المنطوق، وقدتقدم الكلام في مسألة بيع الطعام قبل قبضه، والجمع بما عرفت أولى مما ذكره من وجوه أحدها الاعتضاد بالشهرة العظيمة، وما قدتقدم من تعليل المنع، وبالحسن المزبور، وبغير ذلك مما عرفته على وجه كشف عن إرادة ذلك

(١) الوسائل الباب ـ١٦ـ من ابواب أحكام المزارعة الحديث ـ٣ـ.

من المطلقات أجمع ، حتى الخبر المزبور ، بشهادة مافي بعضها من التعليل الذي لاينطبق إلاّ على إرادة ماإذا كان منها ، فلا محيص للفقيه حينئذ عن ذلك .

وقد ظهر من جميع ماقررنا وجه الحكم بالحرمة فيما إذاكان منها ، بل أو من غيرها المعين ، وعدمها فيما إذا لم يكن من جنس ماتزرع فيه ، كمالو استاجرها بشعير في الذمّة وزرعها حنطة ، بلاخلاف ولا اشكال ، وأن الأصح عدمها أيضاً فيه ، و إن كان هو مكروها للصحيح السابق ، بل لا يبعد القول بالكراهة في مطلق استيجارها بالطعام بناء على التسامح فيها فيكفي حينئذ احتمال ارادته من المطلقات والله العالم .

وكذا يكره ﴿ أن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به ، إلاّ أن يحدث فيها حدثا أو يؤجرها بجنس غيره ﴾ عند جماعة ، بل المشهور لكن قد اشبعنا الكلام في ذلك في كتاب الاجارة ، فلاحظ وتأمّل .

الشرط ﴿ الثاني تعيين المدّة ﴾ بلاخلاف معتدّ به ، بل لعلّ الاجماع عليه بناء على عموم النهي عن الغرر ، وورود على أدلّة المقام ولو لرجحانه عليها ، لكون المزارعة كالاجارة في المعنى ، لاكالقراض الذي هو عقد جائز لافائدة لضرب الأجل فيه بالنسبة إلى جواز الفسخ ، واحتمال المزارعة الغرر بالنظر إلى الحصّة لايقتضي احتمالها إيّاه من غير هذه الجهة ، وكون الزرع له أمد ، لايكتفى به في تعيين الاجل بعد فرض اعتباره ، كمافي غيرها من الاجارة ونحوها .

مضافاً إلى خبر أبي الربيع الشامي [1] عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن أرض يريد رجل أن يتقبلها فأيّ وجوه القبالة أحلّ قال : يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسمّاة فيعمر ويؤدّي الخراج فإن كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالة الأرض فإنّ ذلك لايحلّ » بناء على إرادة المزارعة من القبالة فيه أو ما يشملها .

ومنه يعلم وجه دلالة صحيح الحلبي [2] عنه أيضاً « أن القبالة أن تأتي الأرض

(١) الوسائل الباب -١٨- من ابواب احكام المزارعة الحديث -٥- .

(٢) الوسائل الباب -١٨- من ابواب احكام المزارعة الحديث ٣ باختلاف يسير .

الخربة فتقبلهامن أهلها عشرين‌سنة أو أقل من ذلك أوأكثر فتعمرها وتؤدي ماخرج فلا بأس به » بل صرّح جماعة بوجوب كون المدّة فيها مما يعلم فيها إدراك الزرع ولو من جهة العادة ،لأن إدراك الزرع هو الملحوظ في المزارعة بل‌هو ركنها الأعظم حتى أنه ظن من جعل‌ذلك هو المدار من بعض النصوص عدم اعتبار المدة في المزارعة وأن إدراك الزرع هو الغاية فيها .

قال ابراهيم الكرخي [1] « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : أشارك العلج فيكون من عندي الأرض والبذر والبقر ويكون على العلج القيام والسقي والعمل والزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً و يكون القسم فيأخذ السلطان حقّه ويبقى مابقي على أنّ للعلج منه الثلث ولي الباقي قال : لا بأس » وإن كان المراد منه أن ذلك يكون من العلج حتى يدرك الزرع الذي هو المراد من المزارعة ، ولو مع ذكر المدة التي يبلغ فيها الزرع ، وحينئذ فلا يجدي المدّة القليلة التي يعلم قصورها عن الادراك فيها ، واحتمال التراضي ـ بعدها مع عدم لزومه عليهما غير مجد بل ومعه كمالو اشترط في‌عقد لازم لكنه خلاف المعلوم المعهود من المزارعةالمشروعة ،بل لعلّ ماتوهّم‌منه‌الخلاف في ذلك‌كالمتن ونحوه مما أطلق فيه ذلك يمكن‌دعوى انسياقه إلى إرادة المدّة التي يدرك فيها الزرع من المدّة التي اعتبروها شرطا نعم ذلك متجه في الاجارةالتي‌لم يكن مبناها ولاالمقصود منهاإدراك‌الزرع ،لاحتمال‌إرادة قصيله ونحوه .

وكيف كان فبناء على ماذكرنا ﴿إذا شرط مدّة معيّنة بالأيّام أو الأشهر﴾ والسّنين ونحو ذلك على وجه يدرك فيه الزرع ﴿صحّ﴾ لما عرفت ﴿و﴾ أمّا ﴿لو اقتصر على تعيين المزروع من غير ذكرالمدّة فـ﴾ في‌الاكتفاء بذلك عنها ﴿ وجهان : أحدهما يصحّ لانّ لكلّ زرع أمداً ﴾ معتاداً ﴿ فيبنى ﴾ حينئذ ﴿ على العادة كالقراض﴾ ويكتفى به عن ذكر المدة .

﴿والآخر يبطل ، لأنه عقد لازم فهو كالاجارة فيشترط فيه تعيين المدّة دفعاً للغرر ، لأنّ أمد الزرع غير مضبوط ، وهو ﴾ مع عدم خلاف محقق فيه ﴿أشبه﴾

---

(١) الوسائل الباب ـ ١٠ ـ من ابواب أحكام المزارعة الحديث ـ١ـ .

بأصول المذهب وقواعده بعد القول باعتبار المدة التى من المعلوم عدم الاكتفاء بمثل ذلك في جميع ما اعتبرت فيه من الاجارة وغيرها ، وقد عرفت الفرق بينها وبين القراض ، كما أنك قد عرفت الشبه بينها وبين الاجارة .

﴿و﴾ على كل حال ﴿ف﴾ لو مضت المدّة والزرع باق ، كان للمالك إزالته على ﴿الاشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده التي منها قاعدة « تسلط الناس على أموالها » « وعدم حلّ مال المسلم إلاّ بطيب نفسه » ضرورة عدم حقّ للزارع بعد المدّة التى ذلك فائدة جعلها غاية .

﴿سواء كان﴾ ﴿بسبب الزارع كالتفريط أو من قبل الله سبحانه كتاخير المياه أو تغيّر الأهوية﴾ وملحوظية إدراك الزرع لهما وضربهما المدة المذكورة لزعم إدراكه فيها لا يقتضى استحقاق بقاء الزرع بعد المدّة فما عن بعض - من أنه ليس له الإزالة لأنه قد حصل في الارض بحق ، فلم يكن للمالك قلعه ، ولأنّ للزرع أمداً معيناً غير دائم الثبات ، فإذا اتفق الخلل لا يسقط حقّ الزارع كما لو استاجر مدّة للزرع فانقضت قبل ادراكه - واضح الضعف ، إذ الحقّ كان إلى غاية ، فلا حقّ له حينئذ بعدها ، وإن كان للزرع أمد معيّن بل وإن كان قصيراً كوضوح المنع في المقيس عليه من الإجارة التي هي أولى بالحكم ممّا هنا .

أللّهم إلاّ أن يقال : إنّ الغاية هنا للمزروع لا للمزارعة ، ولذا يبقى حكمها من الحصّة فيما بعد الغاية ، وحينئذ فالمراد أنّ الزرع الذي غايته كذا عادة متعلّق المزارعة ، وذلك كاف فى رفع الجهالة ، فإذا اتفق الخطاء بقيت المزارعة على حالها من اللزوم ، فليس له الإزالة حينئذ .

نعم قد يقال : إنّ له الأجرة لما بقى من المدّة على ما يخصّ الزارع ، مع احتمال الاجرة للجميع ، لاستحقاق المالك عليه عوض المنفعة الأولى في الارض الحصّة في الزرع فكلّ مقدمة يحتاج إليها حينئذ الزرع تراد من العامل ، خصوصاً إذا كان التأخير منه لتقصير ، وفيه أنه خلاف ظاهر المدّة المضروبة التى هى مساوية

لمدّة الاجارة من الاتيان بها لرفع الجهالة والغرر في عقد المزارعة ، هذا .

ولكن في القواعد « الاقرب أنّ للمالك الإزالة مع الارش ، أو التبقية مع الاجرة سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير أومن قبل الله تعالى كتغيّر الاهوية وتأخير المياه » .

وفيه أولا أن المناسب لما ذكره في الاجارة ـ من عدم جواز القلع لوتأخر إدراك الزرع عن مدّة الاجارة لابتفريط الزارع ـ عدم جوازالقلع مع عدم التفريط هنا ، إذ المزاعة أولى لان الاصحّ جواز استيجار الارض مدّة لزرع لايدرك فيها ، بخلافه هنا .

وثانياً : أن المتجه على الجواز اختصاص هذا القسم بوجوب الارش دون ما إذا كان التأخير بتفريطه.

وثالثاً : أنه لابد من تقييد قوله « أوالتبقية بالاجرة » بكون ذلك مع رضى العامل ، لامتناع الزامه باثبات عوض فيذمّته من دون رضاه ، وحينئذ لاوجه لادخاله في حيّزالاقرب ، ضرورة كونه قطعياً علىفرض رضاه ، ثم إنّ الواجب هو أرش زرع العامل ، دون المالك ، فان كان البذر منه وقلنا إنّه ينمو على ملكهماكما هوالظاهر ومن ثم قلنا بوجوب الزكاة على كل منهما إذا بلغ نصيبه نصاباًفمقدار حصّة المالك لايجب أرشه ولوقلنا بأنه ينمو على ملك العامل فارش الجميع ، ومنه يعلم حكم ماإذا كان البذر من المالك أومنهما ، ومتى قلع المالك فالمتجه وجوب أجرة المثل لتلك الارض له على العامل إذا كان التأخير بتفريطه ، ولا نفع للعامل ، لتضييعه منفعة الأرض على المالك .

« قيل ولوأفضى تفريطه بالتأخير إلىنقص الحاصل نقصاً فاحشاً مخالفاً للعادة، فليس ببعيد وجوب أكثر الأمرين للمالك من الحصّة وأجرة المثل » .

قلت : يشكل انطباقه على قاعدة شرعيةيعول عليها ، والاعتباربمجرده لايصلح مدركا . نعم يتجه في الأوّل أجرة المثل التي هي الضابط في كل منفعة تفوت على مالكها ، والفرض عدم التمكن من معرفة الحصّة التي كان يقتضيها عقد المزارعة ،

وفي الثاني أرش الحاصل إن أمكن، هذا كله في المالك .

أمّا العامل فلا أجرة له على المالك وإن كان التأخير من الله سبحانه ، قيل : إلاّ إذا حكمنا بجواز القلع ، فانّ المتجه وجوب أجرة المثل عليه ، لتضييع منافعه مع احتمال الاكتفاء بوجوب الأرش عنها .

قلت مضافاً إلى عدم ضمان منفعة الحرّ بمثل ذلك ، واعلم أنّ الارش هو تفاوت مابين قيمته باقياً بالأجرة ، وقيمته مقلوعاً ، ويحتمل أن يلحظ في القيمة استحقاقه للقلع ، إذا المراد بالأرش عوض نقصان ماليته باعتبار حالته التي هو عليها ، ومنها كونه مستحقّ القلع بالأرش ، إذ ذلك من جملة أوصافه اللازمة له .

لكن في المسالك « انه لايخلو من دور » وفيه أنه ليس المقام مقام دور ، فمع فرض مدخلية ذلك في قيمته يتجّه ملاحظته ، وإلاّ كماهو الظاهر فلا ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿ان اتفقا على التبقية جاز بعوض وغيره ﴾ بلاخلاف ولا إشكال لأن الحق لايعدوهما ﴿لكن إن شرط﴾ رب الأرض ﴿عوضاً﴾ معيناً ﴿ افتقر في لزومه ﴾ بعقد الأجارة ﴿إلى تعيين المدّة الزائدة﴾ وامّا الصّلح فيقوى جوازه ، وإن لم يعين المدة كما أنه تلزمه أجرة المثل إن لم يعين العوض الذي قد اتفقا عليه كما هو واضح بل لعل الحكم كذلك حتى على القول بوجوب البقاء ، فانّ الأقوي استحقاقه الأجرة على ذلك فيتجه حينئذ ماعرفت والله العالم .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿لو شرط في العقد تاخيره إن بقي بعد المدة المشترطة ، بطل العقد على القول باشتراط تقدير المدة ﴾ فانه لاتقدير حينئذ ، إذ المدّة هي مجموع المذكور منها ، والمشترط المفروض عدم تقديره ، بل الظاهر كفاية الجهل في المدّة المشترطة خاصّة في بطلان العقد .

لكن في المسالك « احتمال الصّحة ، لأن المدّة مضبوطة، وما تضمنه الشرط بمنزلة التابع ذكر احتياطاً لاحتمال الحاجة ، و جهالة التابع غير مضرّة كما تقدم غير مرّة » وفيه مالايخفى ، بل قد يقال بالبطلان حتى مع تعيين المدّة المشروطة ، للتعليق ، وللجهالة ، ولو باعتبار الترديد بين المدتين .

نعم يمكن الصحّة باشتراط البقاء مدّة معينة على كلّ حال ، لا بإرادة الاستظهار من دون تعليق له على بقائه بعد المدة غير مدرك ، كما أنه يمكن القول بالصحّة بناء على أنّ المانع الجهالة ، لا التعليق، بتنزيل إرادة أصل ثبوت استحقاق الابقاء ولو بالأجرة بالشرط المزبور ، إذ مرجعه إلى اشتراط عدم القلع عليه ، أوما يقرب من ذلك مما لا إشكال في صحته ، وإن وجب التراضي حينئذ بعد ذلك على تقديرها مع إرادة الاجازة الصحيحة أو أجرة المثل أوغير ذلك فتأمل جيداً فانه دقيق .

﴿ولو ترك الزراعة حتى انقضت المدّة لزمه أجرة المثل ، ولو كان استأجرها لزمته الأجرة﴾ لوضوح الفرق بينهما ، بتعذر معرفة المسمى في الأوّل ولذا وجب الرجوع إلى أجرة المثل ، بخلافه في الاجرة ، والظاهر اختصاص المالك بها ، لأنها تكون هي الحاصل ، فيجرى عليه حكم ما اشترطاه في المزارعة من النصف أو الثلث ، ضرورة أنّ ذلك في الحاصل من العمل والارض ، والفرض عدم العمل منه أصلاً فلا وجه لاستحقاقه فيما يقابل منفعة الأرض .

وكيف كان فهذا مع تمكين المالك له منها ، وتسليمه إيّاها ، وإلاّ لم يستحق عليه شيئاً لأن المنع من قبله ، بل قد ينساق أنّ للعامل عليه أجرة المثل ، حيث أنّه فوّت عليه المنفعة المستحقة له ، وعدم العمل منه الّذي هو المقابل لمنعفة الأرض إنّما كان بتفريط المالك وتضييعه ، فهو حينئذ كما لواستوجر على عمل في مدّة فبذله الأجير ولم يستوفه منه المستأجر فتأمّل .

وعلى كل حال فحيث يلزم ضمان الأجرة قال في المسالك « يلزمه أرشها لو نقصت بترك الزرع كما يتفق في بعض الارضين لاستناد النقص إلى تفريطه كما قال فيها وهل يفرق فيها بين ما إذا ترك العامل الانتفاع اختياراً أوغيره ظاهرهم عدمه ، ولا يبعد الفرق ، لعدم التقصير في الثاني خصوصاً في الارش ، و مقتضى العقد لزوم الحصّة خاصّة ، ولم يحصل منه تقصير يوجب الانتقال إلى مالايقتضيه نعم يتوجّه الحكم مطلقا في الاجارة ، لانّ حقّ المالك هو الأجرة عوضاً عن منفعة العين تلك المدة ، فاذا فاتت المنفعة فانما ذهبت على مالكها ، وهو المستأجر أمّا المؤجر

فلاحقّ له فيها ، إنّما حقّه في الاجرة ولم تفت » .

قلت : لاإشكال في الفرق بين الاجارة والمزارعة بذلك ، بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بعدم وجوب أجرة المثل حتى في صورة التفريط ، ضرورة عدم بطلان العقد بذلك، وهو إنما يقتضي الحصّة المعدومة التي ليست بمضمونة في الذّمة، كما سمعته في مسألة الاجارة بشيء معيّن من حاصلها ، ومن الممكن عدم حصولها حتى لوزرع ولم يقصّر فالرجوع منهما حينئذ إلى أجرة المثل ممّا لايرجع إلى قاعدة ، ضرورة عدم العدوان في يده ، حتى يندرج في عموم « على اليد» وعدم صدق إتلاف مال الغير ،لان عقد المزارعة جعله بحكم ماله ، لامال الغير .

نعم إنما يجب عليه الاستنماء وتسليم الحصّة ، وذلك إنما يترتب عليه الاثم لاالضمان ، وقاعدة «لاضرر ولا ضرار » لايستفاد منها الضمان ، ولكن ترفع اللزوم، فيتسلط على الخيار ، و حينئذ تكون كالمضاربة التي يترك العامل فيها العمل بلافسخ لها .

وكذلك الكلام فيما لوكان التقصير من صاحب الأرض بعدم تسليمها إلى المزارع ، بل عدم الضمان فيه أولى ، لعدم صيرورة منفعة الأرض ملكاً له بعقد المزارعة حتى تكون يد المالك عليها عارية يترتب عليها الضمان ، والضرر عليه بفوات انتفاعه بنفسه مثلاً لايقتضي الضمان ، لأن منافع الحرّ لاتضمن بذلك ومن ذلك كلّه يظهر لك الحال حتى في الحكم بضمان النقص الذي يلحق الارض بعدم زرعها فإنّ ذلك من أحكام يد الضمان التي ليست هذه اليد منها فتأمّل جيّداً والله العالم .

الشرط ﴿ الثالث : أن تكون الارض ﴾ التي تقع المزارعة عليها ﴿ مما يمكن الانتفاع بها ﴾ في ذلك ﴿ بان يكون لها ماء ﴾ ولو تقديراً ﴿ إمّا من نهر أو بئر أو عين أو مصنع ﴾ أو غير ذلك حتى الغيث فان لم يمكن الانتفاع بها في ذلك لعدم إمكان الماء لها لم تصحّ المزارعة عليها ، للاصل بعد معلومية إرادة غيرها من العمومات والاطلاقات بل هي من معاملات السّفه في نظر العقلاء فحينئذ لو أوقعها على أرض هي كذلك حال العقد فاتفق تجدّد قابليتها لم يجد ذلك العقد ، واحتمال الاكتفاء بحالها في الواقع

المستور عليها ممكن ، إلا أنّ الاظهر خلافه .

نعم قد يقال بالصحّة على الارض التي هي حال العقد قابلة لذلك ، إلاّ أنه لم يعلم المتعاقدان بها فانكشف حالها بعد ذلك ، لكن لا يخفى عليك أنّ مقتضى ماسمعته من الدليل مانعية عدم قابليتها للإنتفاع بذلك للصحّة ، لااعتبار الإمكان ، وتظهر الثمرة في المزارعة على الارض التي لها ماء نادراً ، و إن تردّد في ذلك في التذكرة من عدم التمكن من ايقاع ماوقع عليه العقد غالباً ، ومن إمكان الوقوع ولو نادراً ، إلاّ أنّ المتجه الصحّة ، بناء على ماذكرنا للعمومات ، ولعلّ هذا الشرط هنا كشرط القدرة على التسليم في البيع الذي قد أطنبنا فيه في محلّه ، وكثير من مباحثه تأتي هنا بأدنى التفات فلاحظ وتأمّل هذا .

ولكن في الارشاد «ولو زارع على مالا ماء له بطل إلاّ مع علمه » ومقتضاه الصحة مع العلم إلاّ أنّ الظاهر إرادته عدم الماء فعلاً ، وإن كان يمكن بحفر بئر مثلاً لاأنّ المراد الصحّة على مالا يمكن الإنتفاع بها للزرع الذي من الواضح عدم صحّة المزارعة عليها ، بل لا يطابق ماعترف به هو وغيره من الشرط الثالث ، إلا أنّ المتجه حينئذ على هذا التنزيل الخيار مع الجهل ، كما تسمعه منه في القواعد ومن المصنف فيما يأتي ، لا البطلان ، كانه لم يفهم منه ذلك في الرياض ، حيث أنه بعد أن ذكر الشرط المزبور قال : «لاخلاف في اشتراطه في الجملة وإن اختلفوا في متعلق الشرط هل هو الصحّة مطلقا كما هو ظاهر العبارة . فيبطل العقد مع عدمه مطلقا ، ولو مع العلم بفقده ابتداء ، أو عدمه بعد وجوده ، أو في صورة الجهل بعدمه حين العقد خاصة كما هو ظاهر الفاضل في الإرشاد حيث حكم بالبطلان بعدمه إلاّ مع العلم به ، أو اللزوم في صورة الجهل خاصة ، فللعامل الخيار فيها بعد العلم ، وأما صورة العلم ابتداء بعدمه حين العقد فليس بشرط أصلاً بل يلزم فيها كما هو صريح القواعد ، و وجهه كالسابق غير واضح بعد ماقررناه ، سيّما هذا و حمل على محامل - مع بعدها - لا تنطبق على شيء مما قدمناه من الادلّة .

قلت : سمعت عبارة الإرشاد ، وما يمكن تنزيله عليه ، وكذا عبارة القواعد

التي هي : « الثالث : إمكان الإنتفاع بالأرض في الزرع بأن يكون لها ماء إمّا من عين أو بئر أو نهر أو مصنع ، وكذا التي أجرها للزرع ولو زارعها أو أجرها له ، ولا ماء لها تخير مع الجهالة ، لا مع العلم ، لكن في الأجرة يثبت المسمى » ضرورة استبعاد إرادته الصحّة مع العلم بعدم إمكان الإنتفاع بها في ذلك ، بعد أن ذكر ذلك عقيب اعترافه بالشرط الثالث .

نعم إنما الكلام في قول المصنف وغيره ﴿ ولو انقطع ﴾ الماء ﴿ في أثناء المدة فللمزارع الخيار ، لعدم الإنتفاع ، هذا إذا زارع عليها أو استأجرها للزراعة ، وعليه أجرة ما سلف ، ويرجع بـ ﴾ أجرة ﴿ ما قابل المدّة المتخلّفة ﴾ من وجوه أحدها : أنّ المتجه البطلان إذا خرجت بانقطاع الماء عن قابلية إمكان الإنتفاع بها للزرع ، لا الخيار ، ضرورة اتحاد المدرك لشرطه ابتداءً واستدامة ، وحمله على إرادة انقطاع الماء المعدّ لها الذي قدّم عليه المزارع ، لا مطلق الماء حتى حفر بئر جديد لها مثلاً جيّد ، ضرورة إيجاب مثله الخيار في باقي العقود اللازمة ، لقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » وغيرها ، إلا أنه ينافيه ما ذكر أخيراً من وجوب الاجرة عليه لما سلف من المدّة مع الفسخ ، فإنّ ذلك لا يتّجه في المزارعة التي كان الفسخ فيها من عدم إمكان الإكمال ، وليس لها أجرة مسمّاة ، بل الحصّة من الحاصل الذي تعذّر ، أللهم إلاّ أن يجعل ذلك في الإجارة خاصّة ، بقرينة قوله « ويرجع » إلى آخره ، فإنّه لا يتصور في المزارعة .

نعم لا يتجه ذلك في مثل عبارة اللمعة التي هي لم يذكر فيها غير المزارعة ، قال : « ولوانقطع في جميع المدّة انفسخت ، وفي الاثناء يتخير العامل ، فإن فسخ فعليه بنسبة ما سلف » وكذا الإرشاد ، وإن أمكن توجيهه بأنّه مع فرض عدم خروجها عن قابلية الانتفاع ، لامكان استنباط ماء جديد لها يكون إتلاف منفعة الأرض باختياره الفسخ ، خصوصاً مع بذل المالك لما يأتي به الماء ، فيضمنها كالإجارة وان اختلفا في التقسيط باعتبار المسمّى ، وأجرة المثل ، كما أنه يتّجه ضمانه ـ في صورة تجدّد عدم قابليتها للانتفاع بالزرع اصلاً لاجرة المثل عما سلف من المدّة ، بناء على

اقتضاء ذلك الانفساخ من الاصل ، بمعنى ظهور بطلان المزارعة من أول الأمر ، لكون المنفعة في يده مضمونة ، ولو بالحصّة التي مع بيان عدم امكانها يقوم مقامها أجرة المثل ، فانّ مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، واحتمال إرادة الفاضل والشهيد ذلك ينافيه تصريحهم بالخيار المقتضي لوجود الصحّة فعلا فتأمّل . فإنه بما ذكرنا اتضح لك الحال في جميع صور المسألة في المزارعة والاجارة للزراعة التي هي مثلها في الحكم إذا أخذت الزراعة مورداً لها .

امّا إذا كانت داعياً لكون الارض معدّة لذلك ، ومعظم ما يراد منها ذلك ، فاتفق تعيبها في الأثناء ، وخروجها عن القابلية لتعذر الماء مثلاً ، فالمتجه الخيار أيضاً ، لقاعدة الضرر ، وامكان الانتفاع بها في غير تلك المنفعة لا ينافيه ، وإن قابلت نفع الزراعة إلاّ أنه قد حصل موجب الخيار بنقص الأرض عن الحال التي أقدم عليها به ، واستأجرها له ، وربما تأتي لذلك تتمة إنشاء الله هذا .

ومن الغريب ما في جامع المقاصد من قوله « اعلم أنّ قول المصنف « لا مع العلم » يريد به عدم بطلان المزارعة والاجارة للزرع مع العلم بأنّ الأرض لا ماء لها ، وهو صحيح على القول بجواز التخطي إلى غير المنفعة المشروطة مما يكون مساوياً أو أقلّ ضرراً ، و حينئذ فلا شيء للمالك في المزارعة ، لعدم إمكان الانتفاع الذي حصول الحصّة المشترطة متوقّف عليه ، أما في الاجارة فيجب عليه المسمّى لصحة الاجارة ، وعلى البطلان فلا يجب عليه شيء » إذ لا يخفى عليك عدم احتمال ذلك في المزارعة التي وقع عقدها على الزرع ، وكذا الاجارة التي فرض موردها الزرع ، وأنّ المتجه وجوب اجرة المثل مع البطلان من رأس ، كما عرفت حتى في المزارعة .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ اذا أطلق المزارعة زرع ﴾ العامل الذي هو المخاطب بالزرع ومراد منه العمل ﴿ ما شاء ﴾ من أفراد الزرع التي ينصرف إليها الاطلاق ضرورة كون هذا المطلق كغيره من المطلقات في الانصراف إلى المعهود المتعارف إن كان ، وعدمه ، فما وقع من بعض الناس هنا مما ينافي ذلك في غير محله .

نعم في المسالك « إنّما يتم ذلك ، أي تخيير العامل إذا كان البذر من عنده أمّا لو كان من عند صاحب الأرض فالتخيير إليه بطريق أولى ، لا إلى المزارع » وفيه : أنه لا منافاة بينهما بعد فرض ظهور الإطلاق في ذلك ، وأنه المخاطب المأمور بالزرع .

وعلى كل حال فالتخيير مع الاطلاق لصلاحية كل فرد من الأفراد التي ينصرف إليها الإطلاق لوجوده في ضمنه ، وأصرح من ذلك التعميم ، لكن عن التذكرة أنه قوى وجوب التعيين مع الاطلاق ، لتفاوت ضرر الأرض باختلاف جنس المزروعات ، فيلزم من تركه الغرر بخلاف العموم الدّال على الرضا بالأضرّ ، وردّه في المسالك بأنّ المالك معه راض بذلك أيضاً من حيث دخوله تحت الاطلاق المفروض رضاه به.

قال : « وربما فرق بينهما بأنّ الإطلاق إنّما يقتضى تجويز القدر المشترك بين الافراد ، ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضى بالاشدّ ضرراً من غيره ، اذ ليس في اللفظ إشعار بذلك الوجه ، ولا دلالة على الإذن فيه والرضى بزيادة ضرره ، اذ الرضا بالقدر المشترك إنّما يستلزم الرّضا بمقدار الضرر المشترك بين الكلّ ، لا على الرّضا بالزائد، فلا يتناول المتوسط ولا الأشدّ ، بخلاف العام الدّال على الرضا بكل فرد فرد » .

وردّه في المسالك أيضاً بما حاصله أن القدر المشترك المعنى المصدرى أو نفس الحقيقة ، لا اللوازم اللاحقة لها ، وهو مسالتنا الزرع الحاصل بكلّ فرد من أفراد المزروعات ، لأنها مشتركة في هذا المعنى، وإن لم تشترك في الضرر وغيره، سواء قلنا إنّ المطلق هو الدّال على الماهية بلا قيد ، أو النكرة بلاصلاحية لكل فرد ، وعلى الثاني ظاهرة وإن اختلفت في القوّة والضعف ، بل وعلى الاوّل ، ولهذا حكموا بأن الأمر بالضرب مثلاً يتحقق امتثاله بكل جزئى من جزئياته ، كالضرب بالعصى والسوط ضعيفاً وقوياً ومتوسطاً حتى قيل إنّ الأمر به أمر بكل جزئي أو اذن في كلّ جزئي.

قلت : لا ريب في عدم دلالة المطلق على إرادة الأفراد ، بل قد يحضر في الذهن ويكون عنواناً ولا يحضر شيء منها فيه ، والرضا به حينئذ ليس رضا بها على اختلافها

فلا يجتزى به فيما يعتبر فيه المعلوميّة وعدم الغرر ، بخلاف التكاليف التي يراد فيها نفس المطلق ، والفرد إنّما هو مقدّمة ، ولا مدخليّة للغرر والمعلوميّة في شيء منها .

نعم قد يناقش في أصل اعتبار المعلوميّة التي لا يجتزى فيها نحو المطلق هنا، ثم إنه لا يخفى عليك أن ما ذكره الفارق لا يقتضي عدم جواز المطلق ، بل أقصاه الاقتصار على الأفراد المتساوية في مقدار الضرر ، دون المتوسطة والشديدة ، اللهم إلاّ أن يدعى مجهولية ذلك فيبطل حينئذ من هذه الجهة ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ إن عيّن ﴾ ربّ الأرض ﴿ الزرع ﴾ على العامل شخصاً أو نوعاً ﴿ لم يجز ﴾ له ﴿ التعدي ﴾ إلى الآخر قطعاً ، لعموم الوفاء بالعقد والشرط ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لو زرع ما هو أضرّ والحال هذه كان لمالكها أجرة المثل إن شاء ﴾ فسخ العقد بالخيار الحاصل له بعدم الوفاء بالشرط كالبيع والاجارة ﴿ أو المسمّى ﴾ إن شاء لزومه ﴿ مع الأرش ﴾ للنقص الحاصل في الارض بسبب زرع الأضرّ فيها ، كما صرّح بذلك كلّه الفاضل .

لكن أشكله ثاني المحققين والشهيدين وأتباعهما بأنّ الحصّة المسماة إنما وقعت في مقابلة زرع المعين ، ولم يحصل ، والذي زرع لم يتناوله العقد ولا الاذن ، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصّة ، فوجوب أجرة المثل حينئذ أقوى .

قلت كانّ ذلك منهم بناء على تشخيص المزارعة بما وقع من التعيين ولو على جهة الاشتراط ، ولاريب في فساده على التقدير المزبور ، بل قد يقال : بعدم تشخيصها بذلك مطلقا ، وإنّ كلّ ما وقع فيها منه ليس إلاّ على جهة الشرطيّة ، فانّ حقيقة المزارعة ليست إلاّ زرع الأرض بحصّة من حاصلها ، كائناً ما كان الحاصل ، وانما يذكر التعيين من الشرائط ، لا أنّه منوّع للمزارعة ، فليس هو حينئذ إلاّ كذكر المكان في المضاربة الّتي قد عرفت ضمانه للمال مع بقاء المالك على حصته لو تعدّى وخرج إلى غير ذلك المكان .

إلاّ أن الشرط لما كان في عقد لازم ، وقد عرفت في كتاب البيع اقتضاء عدم

الوفاء به الخيار لمن له الشرط ، اتجه حينئذ ما ذكره المصنّف والفاضل ، فله الفسخ والمطالبة بأجرة المثل ، وعدمه فله المسمّى من الزرع المخصوص الداخل في كلّي المزارعة ، وله الأرش عوض النقصان الحاصل بسببه ، لعدم الاذن فيه بالخصوص ومن هنا يتّجه عدم انفساخ المزارعة حينئذ بتعذّر المعيّن ، خصوصاً إذا كان شخصاً .

كما أنّه مما ذكرنا قد يظهر الوجه أيضاً في قوله ﴿ ولو كان ﴾ قد زرع ﴿ ما ﴾ ﴿ هو أقل ضرراً جاز ﴾ بتقريب أنّ المراد من التعيين مقدار الإذن في الانتفاع بالأرض فهو كالاجارة بالنسبة إلى ذلك .

لكنّه أشكله ثاني المحققين والشهيدين أيضاً بأنّ غرض المالك ليس منحصراً فيما يتعلق بمصلحة الأرض ، بل المقصد الذاتي له إنّما هو الانتفاع بالزرع ، ومصلحة الارض تابعة لا مقصودة بالذات ، ولا شكّ أن الاغراض تختلف في أنواع المزروع ، فربّما كان غرضه بالاشدّ ضرراً من حيث نفعه ، والحاجة إليه وإن حصل للارض ضرر ، ولا يتعلق غرضه بالاخف وإن انتفعت الارض به ، ألا ترى أنّ الارض لو انتفعت بترك الزرع رأساً لم يكن ذلك كافياً في جواز ترك المزارع العمل ، نظراً إلى مصلحة الارض فالاقوى عدم التعدي لما عين مطلقا ، نعم مثل هذا يجري في إجارة الأرض لزرع نوع معيّن ، فإنّ عدول المستأجر إلى زرع ما هو أخف ضرراً منه متجه ، لأنّ الغرض في الإجارة للمالك تحصيل الأجرة ، وهي حاصلة على التقديرين ويبقى معه زيادة تخفيف الضرر عن أرضه ، وأولى منه لو ترك الزّرع طول المدّة ، فإنه لا اعتراض للمالك عليه حيث لا يتوجه ضرر على الأرض ، لحصول مطلوبه ، وهو الأجرة ، بخلاف المزارعة ، فإنّ مطلوبه الحصّة من الزرع المعيّن فلا يدلّ على الرضا بغيره ولا يتناوله بوجه .

قلت : ولعلّه كان لذا خيرة الفاضل هنا بين الفسخ وأخذه أجرة المثل ، وأخذه المسمّى نحو ما سمعته في زرع الأضرّ إلاّ أنه لا أرش هنا لعدم النقص ، لكن الجماعة أيضاً أشكلوا بما عرفت ، من عدم الوجه لأخذ المسمّى من الزرع الذي لم يدخل في عقد المزارعة ، وجوابه ما علمت ، بل لعلّ ظاهر المصنّف عدم الخيار أيضاً .

والتحقيق في المسألة أن يقال : إن كان المقصود من التعيين تقدير الإذن في الانتفاع بالأرض ، فلا ريب في صحّة ماذكره المصنّف ، خصوصاً في صورة تعذّر الأضرّ الذي هو المعيّن ، وإن كان المقصود منه إرادة المعين ، فالأصح ماذكره الفاضل خصوصاً في صورة التعذّر لما سمعته سابقاً من ثبوت الخيار بنحو ذلك من الشرائط ، وكذا مع اشتباه الحال ، ولعلّ غرض المصنّف الأوّل ، ضرورة كونه في بيان الاذن في زرع مايراد زرعه في صورة الإطلاق والتعيين فتأمل جيّداً ، فإنّ المسألة غير محرّرة في كلامهم حتى مسألة الإجارة التي ذكرها المعترض ، ضرورة امكان القول بلزوم المنفعة المخصوصة ، وعدم جواز الأخف منها ، خصوصاً على ماعساه الظاهر من كلامهم من كون ذلك مشخصاً للإجارة وفرق واضح بين الانتفاع بالأخفّ الذي لم تحصل الاذن فيه ، وبين عدم الانتفاع أصلاً ، فانّ ذلك ليس تصرّفاً فيها بغير اذن المالك ، بخلاف الأول الذي يتجه عليه أجرة المثل ، بناء على ماذكروه ، كما أنّ المتجه بناء على ماذكرناه مع فرض عدم ارادة التقدير بذلك الخيار، فله الفسخ والرجوع بأجرة المثل والإمضاء والاقتصار على المسمّى .

ولو زارع عليها أو آجرها للزراعة ولا ماء لها ﴿ فعلاً ﴾ ﴿ مع علم المزارع لم يتخير ﴾ لإقدامه على ذلك ﴿ و ﴾ أما ﴿ مع الجهالة ﴾ ف﴿له الفسخ ﴾ لتضرره بانتظار الإتيان بالماء لها بحفر بئر أو غيره ، مع احتمال عدم كفايته لها ، وقد تقدم لك تحقيق المسالة في ذلك ، وأنه قد جزم جماعة منهم الشهيد الثاني بالبطلان ، لفقد الشرط الذي هو امكان الانتفاع بها بالزرع ، من غير فرق في ذلك بين العلم والجهل ، لا التخيير المزبور الذي هو فرع الصحّة، بل لعلّ الحكم بالشرط المزبور لمنع التخيير المذكور من المتدافع .

لكن في المسالك هنا بعد أن ذكر ذلك قال : « ربما تكلّف للجمع بين الحكمين بحمل هذا التخيير على ما لو كان للأرض ما يمكن الزرع والسقي به ، لكنّه غير معتاد من جهة المالك بل يحتاج معه إلى تكلف إجراء ساقية ونحوه ، والمنع على ما لو لم يكن لها ماء مطلقا ، وهو جيّد لو ثبت أنّ مثل هذا القدر يوجب التخيير ، وأنّ

الأطلاق كون الماء معتاداً بلا كلفة ، إلاّ أن إطلاق كلامهم يأباه فإنّهم اقتصروا في الحكم بالجواز على امكان السقي بالماء من غير تفصيل ، وبالتخيير على عدم الإمكان ، وأيضاً فإنّ احداث النهر والساقية ونحوهما لازم للمالك ، سواء كان معتاداً أولا كما سيأتي التنبيه عليه ولا فرق حينئذ بين كون الماء معتاداً وغيره في عدم الكلفة على الزارع ، والأقوى عدم الصحّة هنا عملاً بهذا الاطلاق ومثله مالو استأجرها للزراعة» .

قلت : لعلّ التأمّل في كلام الفاضلين واتّفاقهما على القطع بالصحّة في صورة العلم بلا تخيير ، وانما اختلفا في صورة الجهل ، ففي الارشاد البطلان ، وفي المتن والقواعد التخيير ، يقضي بما أشرنا إليه سابقاً من أنه لا إشكال في الصحّة واللزوم مع الإمكان ، بمعنى القابلية فعلاً ولو باحداث ماء لها .

وأمّا الأرض المحتملة لتحقق القابلية بسبب احتمال ايجاد ماء صالح لزراعتها وعدمه ، فلا ريب في أنه يصح عقد المزارعة عليها مع العلم بحالها مراعياً له ، وأمّا مع الجهل فيحتمل التخيير - لما في الإنتظار من الضّرر كما في المتن والقواعد ، ولأنه بمنزلة تخلّف الوصف في البيع - والبطلان كما في الإرشاد لتعارف القابلية المحققة في الإقدام على أرض المزارعة ، ولعلّ الأوّل لايخلو من قوة .

اويقال إنّ قول الأصحاب ولاماء لها أعمّ من عدم إمكان زرعها ، ضرورة إمكانه بنقل الماء أو تطبيبه أو نحو ذلك ، بل الظاهر بقرينة ماذكروه من الشرط احراز امكان زراعتها ، إلاّ أنه على ذلك الوجه لاريب في الصحّة واللزوم حينئذ مع العلم ، والخيار مع الجهل بكون زراعتها على هذا الوجه ، أو البطلان كما سمعته عن الارشاد ، لما ذكرناه من كون المقصود غيرها للعادة ، هذا كلّه في المزارعة وفي الأجارة أيضاً إذا كان مورد العقد فيها الزراعة .

﴿أما لو استأجرها مطلقا ولم يشترط الزراعة لم يفسخ﴾ وإن لم يكن عالماً بحالها ﴿لإمكان الإنتفاع بها بغير الزرع﴾ الذى لايشترط في صحّة إجارة الأرض إمكانه ضرورة كونه نوعاً من أنواع الإنتفاع ، ولا يشترط في استيجار شيء أن يمكن الإنتفاع به في جميع الوجوه ، بل يكفي امكان مطلق الإنتفاع حيث تطلق ، وهو هنا

كذلك ،لامكان الا نتفاع بالأرض المذكورةفيوضع المتاع وجعلهامراحاً ومستراحاً وغير ذلك ، وإن كان الغالب في الأرض الزراعة ، إلاّ أنّ مطلق الغلبة لايقيد الاطلاق إلا أن تكون على وجه يفهم إرادة ذلك من الاطلاق ، ولو مع انضمام قرائن الأحوال وغيرها ، وحينئذ يتجه البطلان ، لاالخيار ، ألّلهم إلاّ أن يكون الزرع معظم المقصود منها ، والداّعي إلىاستيجارها ، فإنه لايبعد الخيار حينئذ ، للضرر .

وعلى كلّ حال فقد بان لك انه لاخيار مع اطلاق الاجارة الخالي عمّا يقتضي تقييده ﴿وكذالو﴾ زارع أو ﴿ اشترط الزارعة﴾ وجعلها مورداً لعقد إجارة الأرض ﴿و﴾ لكن ﴿كانت فيبلاد تسقيها الغيوث عادة﴾ لاطلاق الادلة وعمومها التي لافرق فيها بين كون الماء من غيث أوزيادة نهر أواجراء ساقية أوغير ذلك كما هوواضح .

﴿ولو استأجر للزراعة مالاينحسر عنه الماء ﴾ وكان جاهلاً بذلك ﴿ لم يجز لعدم﴾ العلم بمحل ﴿الا نتفاع من الأرض ﴾﴿ولو﴾ علم الحال ف﴿رضي بذلك﴾ أي ﴿المستأجر﴾ قيل ﴿ جاز﴾ لكونه حينئذ كاستيجار الارض التي لاماءلها للزراعة ﴿و﴾ لكن ﴿لوقيل : ﴾ بالفرق بينهما فيحكم ﴿بالمنع﴾ هنا ﴿ لجهالة الارض﴾ بخلافه هناك ﴿كان حسناً﴾ .

نعم لوفرض علم الأرض سابقاً أوكان الماء صافياً يمكن معرفة الأرض معه ، اتجه حينئذ تساوى المسألتين في الحكم ، بعد فرض إمكان الزرع في المقام بزرع مالاينافي انحسار الماء ، أوبعلاج حسر الماء أوغير ذلك ، ضرورة عدم الفرق في عدم استعداد الأرض للزراعة بين كونه من عدم الماء لها ، أو من عدم انحسار الماء عنها فتتجه الصحّة بلاخيار مع العلم ، وبخيار مع الجهل ، نحوما سمعته في المسألة السابقة ، واحتمال عدم الصحّة فيهما ـ باعتبار عدم استعداد الارض للزراعة ، فليست من أرض المزارع ، بل ربما كان استيجارها للزراعة او المزارعة عليها على هذاالحال غيرجار على قياس أفعال العقلاء ـ يدفعه عموم الأدلة وإطلاقها ، وأقصى مافي هذا الحال التسلّط على الخيار مع الجهل ، وكذا احتمال البطلان حال الجهل خاصة ، الذي سمعته من الارشاد في المسألة السابقة ، فانه لايزيد تخلف المعتاد على خلاف

الوصف المسلّط على الخيار ، وبذلك كلّه ظهر لك أن مراد الأصحاب في المسالتين بعد احراز إمكان الزرع الذي صرحوا بشرطيته ، إلاّ أنه على غير الوجه المعتاد في أرض المزارع ، لأنّ المراد بما ذكروه من عدم الماء أوعدم انحساره ، الكناية عن عدم امكام زرعها ، فإنّ ذلك لايناسبه الخيار ، ولا التعليل بالجهالة ، كما هو واضح بادنى تامّل مع حسن الظن بهؤلاء الفحول .

﴿و﴾ على كلّ حال ف ﴿ان كان﴾ الماء الذي لاينحسر ﴿ قليلاً يمكن معه بعض الزرع جاز﴾ ولكن يتسلط أيضاً على الخيار مع فرض النقصان في الزرع ، والجهل بحالها ﴿ولوكان الماء ينحسر عنها تدريجاً لم يصحّ ، لجهالة وقت الانتفاع﴾ وإن رضي بذلك المستأجر ، ضرورة عدم كفاية الرضا بفاقد شرط الصّحة فيها .

لكن في القواعد قيد المنع بعدم رضا المستأجر فلو رضي صحّ ، وفي المسالك «هذا إنّما يتم فيما يكون كالعيب المنجبر بالرضا والخيار ، لافي الجهالة ، وعلى تقدير إلحاقه به ، نظراً إلى امكان الانتفاع في الجملة ، إنمّا يوجب انقطاعه تدريجا انقصان المنفعة ، فلا وجه للحكم بعدم الصحّة ، بل ينبغي تخيير المستاجر مع الجهل ، وحينئذ فما أطلقه المصنف أوضح .

قلت : إن ثبت أنّ مثل هذا الجهل يقدح في الاجارة ، خصوصاً بعد معلومية انحساره عنها في وقت صلاحية الزرع في الجملة ، والفرض استيجارها مدة تشتمل على ذلك ، وإن لم يتشخص أوّل وقت الانحسار أووسط أوآخره ، ولعلّ العلامة رحمه الله لحظ ذلك فحكم بالصحة مع الرضا ، أمّا حكمه بالفساد مع الجهل فلما عرفته غير مرّة ، من احتمال انصراف العقد إلى الأرض المستعدة للزرع على الوجه المعتاد ، وإن كان الذي يقوى ثبوت الخيار مع ذلك ، لاالفساد ، لكون المفروض وقوع العقد على الأرض المشخصة ، فتامّل جيّداً .

ثم لايخفى عليك جريان هذه الاحكام في المزارعة على الأرض المذكورة ، فكان ذكرها في بابها أولى من استطراد حكم الاجنبي أوالتعميم ، وربما قيل في هاتين المسالتين : بأن المنع مخصوص بالأجارة أما المزارعة عليها فجائزة ، و الفرق ابتناء

الاجارة على المعلوميّة في الأجرة فلابد من العلم بمقدار مقابلها من المنفعة ، بخلاف المزارعة التي كان العوض فيها الحصّة المجهولة فيتسامح فيما يقابلها من المنفعة بمالا يتسامح بمثله في غيرها ، إلاّ أن ظاهر الأصحاب خلافه ، وأنه لافرق بين المزارعة والاجارة للزرع في ذلك ، واغتفار الجهل في الحصّة في المزارعة التي شرّعت على ذلك ، لايقتضي اغتفار الجهل من جهة اُخرى والله العالم .

﴿ولو شرط الغرس والزّرع﴾ في استيجاره الأرض ولم يفهم من ذلك التنصيف ﴿افتقر إلى تعيين مقدار كل واحد منهما لتفاوت ضرريهما ، وكذا لو استاجر لزرعين أوغرسين مختلفي الضّرر﴾ للغرر الحاصل من الإطلاق الذي هو بالنسبة إلى ذلك كالمجمل ، فيمكن الإقتصار معه في الأخف على مسماه .

لكن في المسالك هناهذا كلّه إذا استاجر لهما مطلقا، أمّا لواستاجرها لينتفع بها منها صح أوتخيير ، لأن ذلك تعميم في الأفراد ، وقدوم على الرضا بالأضرّ » .

وفيه : أنه مناف لماذكره سابقاً - عندقول المصنف « وإذا أطلق المزارعة وزرع ما شاء » - « من أنّ المطلق كالعامّ بالنسبة إلى ذلك ، فيصحّ جعله العنوان في المزارعة والإجارة ، ويكتفي بدلالته من حيث صلاحية كل فرد لتحققه على الإذن لكل فرد من الأفراد إن تفاوت في الضرر ، إذ ذلك منه رضا بالأضرّ » وإن كان التحقيق خلافه وأنّه لا دلالة في المطلق على ذلك ، وليس هو جهة تعيين يكتفى به في ذلك ، بخلاف التعميم ، فإنه جهة تعيين لها ولو بالعمومية ، ضرورة كون العموم من عوارضها ، بخلاف الإطلاق ، فإنّه شيء خارج عن الأفراد ، ولا تحضر في الذهن بحضوره .

نعم بناء على جواز جعله عنواناً في المزارعة مثلاً يجب الإقتصار في زرع الأفراد المتساوية في مقدار الضرر ، ولا يجوز زرع الأضرّ ، فإنّه لا دلالة فيه على الإذن به ، وإن كان هو فرداً للمطلق أيضاً ، ولعلّه لذا اعتبر هنا التعيين عند ذكر الزرعين والغرسين المختلفين في الضرر ، واكتفى بالإطلاق هناك ، أو أنه فرق بين المزارعة والإجارة ، ولو فرض عدم تساوي أفراد الزرع أجمع وعدم معرفة الأقلّ ضرراً منها ، اتجه حينئذ عدم الإجتزاء في الاطلاق .

وبالجملة فرق واضح بين المطلق والعام ، كما أنّ من الواضح هنا البطلان في المقام إلاّ مع فرض انسياق التنصيف والله العالم .

﴿ تفريع ﴾

﴿ لو استأجر أرضاً مدّة معينة ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة غالباً ﴾ صحّ ما لم يكن سفهاً ، لإطلاق الأدلة وعمومها بل ﴿ قيل : يجب على المالك ابقاؤه ﴾ بالأجرة ﴿ أو إزالته مع الأرش ﴾ لأنّ المستأجر غير متعدّ بالزرع ، إذ الفرض كونه مالكاً للمنفعة تلك المدّة ، فله الزرع ، وذلك موجب على المالك ذلك ، لمفهوم قوله صلى الله عليه وآله وسلم [(١)] « ليس لعرق ظالم حقّ » الذي حكي عن فخر المحققين إجماع الأصوليين عليه في هذا الحديث ، وإن اختلفوا في دلالة مفهوم الوصف في غيره ، وحينئذ وجب الجمع بين الحقّين ، وهو إنما يكون بما عرفت من التخيير المزبور للمالك الذي يمكن دعوى ترجيح حقّه على الآخر ، فلذلك استأثر بالتخيير المزبور.

﴿ وقيل : له إزالته كما لو غرس بعد المدّة ﴾ فلا أرش له ، لأنّه دخل على أن لاحقّ له بعد المدّة ، إذ منفعة المدّة هي المبذولة في مقابلة العوض ، فلا يستحق بالإجارة شيئاً ، ﴿ و ﴾ هو الاقوى عند ثاني الشهيدين لا ﴿ الاوّل ﴾ الذي هو ﴿ أشبه ﴾ عند المصنف ، قال : « وعدم تعدّي المستأجر بزرعه في المدّة لا يوجب له حقاً بعدها ، مع استناد التقصير إليه ، والمفهوم ضعيف ، ودعوى الإجماع هنا على العمل به لم تثبت ، وعلى تقدير صحته نمنع من كونه بعد المدّة غير ظالم ، لانه واضع عرقه في أرض لاحقّ له فيها ، والزام المالك بأخذ الاجرة أو الارش على خلاف الاصل ، فلا يصار إليه بمثل ذلك » .

قلت : لكن قد يقال بعد عدم معلوميّة فساد دعوى الاجماع المزبور - بل هو

(١) المستدرك ج - ٣ - ص ١٤٩ .

قد عمل به فيما لو استأجر للزرع مدّة يدرك فيهاغالباً ، لكن اتفق عدم إدراكه فيها لا لتقصيره ، بل لكثرة الامطار أو تغيّر الاهوية أوغيره ، فأوجب الجمع بين الحقين بالا بقاء بالاجرة - إنّ الظاهر من الخبر ثبوت الحقّ لمن كان له أصل وضع عرقه بحق ، وانتهاء الحقّ من حيث الاجارة لا ينافي ثبوته من الخبر المزبور ، بل إن لم يكن إجماع لامكن ظهوره في استحقاق الا بقاء على وجه يجب على المالك إجابته من دفع الاجرة ، وليس له القلع حينئذ وإن بذل الارش ، إلاّ أنّ الظاهر كون التخيير المزبور بيد المالك وربما زاد بعضهم في وجوه التخيير دفع قيمة الغرس ليملكه ، إلاّ انّه كما ترى ، وان كان في بعض الاخبار نوع شهادة له والله العالم .

﴿ وامّا احكامه فتشتمل على مسائل ﴾ .

الاولى: اذا كان من احدهما الارض حسب ، ومن الآخر البذر والعمل والعوامل صحّ بلفظ المزارعة ، وكذا لو كان من احدهما الارض والبذر ، ومن الآخر العمل ، او كان من احدهما الارض والعمل ، ومن الاخر البذر ﴾ وبالجملة جميع الصور المتصورة في هذه الاربعة كلاً او بعضاً بين المزارع والمزارع جائزة ﴿ نظراً الى ﴾ العموم و ﴿ الاطلاق ﴾ ات بلا خلاف اجده في شيء منها عندنا ، بل ربما ظهر من بعضهم الا جماع عليه .

نعم في القواعد « في صحة كون البذر من ثالث نظر ، وكذا لو كان البذر من ثالث ، والعوامل من رابع » وفي المسالك وجامع المقاصد ينشأ من عموم الامر بالوفاء بالعقود ، والكون مع الشرط ، ومن توقّف المعاملة سيّما التي هي على خلاف الاصل على التوقيف من الشارع ، ولم يثبت منه مثل ذلك ، والاصح في المزارعة قصّة خيبر[1] ومزارعة النبيّ ﷺ اليهود على أن يزرعوها ، ولهم شطر ما يخرج منها ، وله شطره الآخر وليس فيها أنّ المعاملة مع أكثر من واحد ، وكذلك باقي النصوص التي وردت من طرقنا ، ولأن العقد يتمّ باثنين ، موجب وهو صاحب الأرض ، وقابل ،

(١) الوسائل الباب - ٨ - و - ٩ - و - ١٠ - من ابواب احكام المزارعة والمساقاة والمستدرك ج ٢ ص ٥٠٢ .

فدخول ما زاد يخرج العقد عن وضعه ، ويحتاج إثباته إلى دليل ، بل في الاول منهما : الأجود عدم الصحّة .

وأنكر عليه في الحدائق حاكياً له عن الاردبيلي أيضاً بمنافاة ذلك لإطلاق الادلّة ، ولما يفهم من خبر قصة خيبر ، وأنّ اليهود كانوا كثيرين ، وقد زارعهم النبي صلى الله عليه وآله ، ولما هو معلوم جوازه في باقي العقود من تعدّد الموجبين والقابلين إلّا أنّ الجميع كما ترى ، ضرورة عدم تناول الإطلاق لما هو المفروض الذي هو تركب العقد من ثلاثة أو اربعة على وجه تكون أركاناً له ، وأنّ المزارعة حينئذٍ مركّبة من مالك أرض ، ومن ذي عمل ، ومن ذي عوامل ، ومن ذي بذر ، فانه لم يعهد في شيء من العقود كذلك ، لأنّ المراد عدم صحّة وقوع المزارعة من أكثر من اثنين ، بمعنى عدم جوازها من الشركاء في أرض مثلاً أو عدم جوازها لجماعة على وجه الشركة في عمل الزراعة ، فان ذلك لا يتصور منعه ممن له أدنى دربة ، بل يمكن القطع به من ملاحظة نصوص [1] الأكرة والعلوج وغيرهما ، و قصّة خيبر إنما هو من ذلك لا من محلّ الفرض الذي لا دليل على جوازه .

بل قد يستفاد من قول الصادق عليه السلام في خبر أبي الربيع الشامي [2] وغيره المفروض فيه التسمية للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً « لا ينبغي أن يسمّى بذراً ولا بقراً ، ولكن يقول لصاحب الأرض : أزرع أرضك ، ولك منها كذا وكذا نصفاً أو ثلثاً ، أو ما كان من شرط ولا يسمّ بذراً ولا بقراً ، فإنما يحرّم الكلام » عدم جواز ذلك وإلّا كان ما في هذه النصوص ساقطاً ، إذ لم أرَ احداً أفتى بمضمونها سوى ما يحكى عن ابن الجنيد قال : « ولا بأس باشتراك العمال بأموالهم وأبدانهم في مزارعة الأرض وإجارتها إذا كان على كلّ واحد قسط من المؤنة ، وله جزء من الغلّة ، ولا يقول أحدهم ثلث للبذر ، وثلث للبقر ، وثلث للعمل ، لأن صاحب البذر يرجع إليه بذره وثلث الغلّة من الجنس ، وهذا ربا ، فإن جعل البذر ديناً جاز ذلك » .

(١) الوسائل الباب ١٤ و ١٢ من ابواب احكام المزارعة و المساقاة .

(٢) الوسائل الباب ـ ٨ ـ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة الحديث ـ ١٠ .

وعن ابن البرّاج لايجوز أن يجعل للبذر ثلثاً ، وللبقر ثلثاً ، ويمكن إرادتهما أيضاً ما ذكرناه ، لكن في المختلف بعد أن ذكر النصوص المشتملة على ذلك « والوجه الكراهة ولا ربا هنا ، إذ الرّبا إنما يثبت في البيع خاصّة » .

قلت : ينافي الكراهة التعليل في النّصوص بأنه « إنما يحرم الكلام » المراد منه بحسب الظاهر الحرمة والفساد مع هذه التسمية والتوزيع ، بخلاف ما لو جعل الحصّة في مقابلة الزراعة ، وإن كانت هي في الواقع ملحوظة في مقابلة ذلك كما هو واضح ، وليس المراد الربا حقيقة ، بل المراد صورته أو في خصوص ما لو جعله قرضاً مشترطاً ذلك ، وإلاّ فلا ربا قطعاً في ثلث البقر مثلاً كما هو واضح .

ومن الغريب ما في حواشي المجلسي من أنّ قوله « للبذر ثلثاً » إلى آخر يحتمل وجهين أحدهما : إنّ اللام للتمليك ، فالنّهي لكونهما غير قابلين للملك ، وثانيهما : أن يكون المعنى ثلث بإزاء البذر ، وثلث بإزاء البقر ، فالنهي لشائبة الربا في البذر .

إذ هو كما ترى ولاريب في أن الأولى حملهذه النصوص على إرادة عدم جواز توزيع المزارعة ، وإنما شرعيتها جعل الحصّة على عمل الزرع ، بل مقتضى ذلك عدم جواز بعض الصور التي قد سمعت أنّها مجمع عليها ، كتحقق المزارعة بدفع بقرة أو بعضها أو البذر أو بعضه ، إلاّ أن الأجماع أخرجنا عن ذلك .

وأمّا ما في أيدي الناس الآن من اشتراك المالك والفلاح وصاحب البذر أثلاثاً فقد يقال إنها بعقدين لا عقد واحد ، بمعنى أنّ المزارعة تكون بين صاحب الأرض والبذر ، ثم صاحب البذر الذي هوالمزارع يزارع الفلاح على النصف من حصتهمثلاً أو تكون بين صاحب الأرض والفلاح ، ثم هو يزارع صاحب البذر بالنصف من حصته مثلاً ، لما ستعرف من أنّ للمزارع أن يزارع ، وإلاّ كانت محل اشكال ، أللّهم إلاّ أن يجعل مثلاً ذلك سيرة كاشفة عن جواز مثل ذلك .

لكن لا ريب في أن الأحوط خلافه ، بللعلّ الأحوط عدم الإكتفاء في تحقق المزارعة ، بدفع بعض العوامل ، كما يستعمله أهل القرى من اعطاء الدابة بالسدس

أو أقلّ أو اكثر . .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لو كان ﴾ العقد على النحو المزبور بين الاثنين ﴿ بلفظ الاجارة لم يصحّ ، لجهالة العوض ﴾ الّذي هو الثلث والربع ، ولايجوزمثله في الاجارة كما ستعرف بخلاف المزارعة .

﴿ أمّا لو آجره بمال معلوم مضمون في الذمة أو معيّن ﴾ موجود ﴿ من غيرها ﴾ أو منها ﴿ جاز ﴾ ولو كان المضمون من جنس ما يزرع فيها ، كما عرفت الكلام في ذلك مفصلاً ، بل قد عرفت أنّ الأصحّ عندنا جواز ذلك مزارعة وإن كان بلفظ الاجارة بناء على جواز العقد بالمجاز الدالّ على المراد في العقود اللازمة والله العالم .

المسألة ﴿ الثانية : إذاتنازعا ﴾ أي المزارع وربّ الأرض ﴿ في المدّة فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه ﴾ سواء كان العامل أو المالك ، لأصالة عدم استحقاقها لمدّعيها ﴿ وكذا لو اختلفا في قدر الحصّة ﴾ فادّعى المالك قلّتها ، وادّعى العامل زيادتها ﴿ فالقول قول صاحب البذر ﴾ وإن كان هو مدعي الزيادة لأصالة تبعيّة النّماء بلا خلاف أجده في شيء من الحكمين ، لما عرفت ، ولأنّ مدّعي الزيادة فيهما لو ترك المنازعة لترك ، فيكون مدّعيها بهذا المعنى أيضاً .

لكن في جامع المقاصد « لو لا الاجماع لأمكن أن يقال : إنّ اتفاقهما على عقد تضمن تعيين مدّة وحصّة نقل عن الأصل المذكور ، وكلّ منهما مدّع لشيء ، ومنكر لما يدعيه ، وليس اذا ترك دعوى الزيادة مطلقا يترك ، فانه إذا ترك العمل طالبه به ، نعم يجيىء هذا إذاوقع الاختلاف عند انتهاء الأمر ، ويجب التحالف » .

وأجاب عنه في المسالك « بأنّ العقدالمتضمن لهما إنما أخرج عن حكم الاصل في أصل المدّة ، والحصّة أمّا في قدر معيّن منهما فلا ، فيبقى إنكار الزيادة فيهما بحاله لم يخرجه عن حكم الأصل ، والمراد « بمن يترك إذاترك » في نفس ذلك المدعى وهو هنا المدة الزائدة ، والحصّة الزائدة امّا العمل ، فهو امر خارج عن الدعوى ، فلا اثر للمطالبة به في هذه المنازعة » .

قلت : لاريب في عدم التحالف في مسألة المدة لو كانت الدعوى في نفس استحقاق الزائد منها ، من دون تعرض في الدعوى ، لسببه ، ضرورة كون إنكارها على مقتضى الأصل .

امّا لو كانت الدعوى في سبب استحقاقها بعد اتفاقهما على كونه عقداً مشخصاً ووقع النزاع في كيفية تشخيصه ، فقال المالك مثلاً : إنه بمدة قليلة ، وقال العامل : إنّه بمدة كثيرة ، فلا ريب في ان المتّجه التحالف ، لكون كل منهما مدعيا ومنكراً ودعوى كل منهما مخالفة للأصل ، والقلة والكثرة بالنسبة إلى تشخيصهما العقد ، على حد سواء ، في مخالفة الاصل ، إلاّ ان ظاهر الأصحاب هنا تقديم قول مدعي القلة حتى لو كانت الدعوى على الفرض المزبور .

وامّا الحصّة فالقول فيها قول صاحب البذر ، وإن كانت الدعوى كذلك ، لأصالة تبعية النماء ، اللّهم إلاّ ان يقال : إن التمليك هنا لعقد المزارعة المفيد تشريكاً للعامل والمالك في نماء البذر ومنفعة الأرض ، والعمل والعوامل ، سواء كان البذر من المالك او العامل ، فلا اثر حينئذ لتبعيّة النماء هنا ، فإنّه يفيد التمليك لو لم يكن ثم عقد مزارعة ، امّا معه فالتمليك مستند إليه لا إلى التبعية المزبورة ، حتى بالنسبة إلى صاحبه ، وحينئذ يتجه التحالف لولا ظهور اتفاق الأصحاب ، على ان القول قول صاحبه ، نعم لو فرض خروجه عنهما إتّجه التحالف حينئذ لكنه كما ترى ، ضرورة عدم تمليك عقد المزارعة ما هو ملك للإنسان نفسه ، اذ النّماء جزء من الاصل .

نعم قد يقال : اذا فرض كون الدعوى في تشخيص العقد المتفق على وقوعه بينهما فلا ريب في اقتضاء الاصل ، نفي كل منهما ، وموافقة مدعي القلّة اذا كان البذر له لاصالة التبعية لا تقتضي ترجيحه على وجه يكون به منكراً ، خصوصاً مع امكان معارضته بأصالة عدم استحقاق منفعة الارض مثلاً ، بما ادعاه من الحصّة لو كان البذر للعامل الذي يفرض دعواه القلّة ، بل لعل صاحب الارض هو كصاحب اليد بالنسبة الى ما يكون فيها .

وأما ماذكره في المسالك في الردّ على المحقّق الثاني في توجيه كونه مدّعيا بأنه « يترك إذا ترك » فهو في محلّه ، ضرورة أنّه يترك مطالبته بالعمل بالنسبة إلى ماادعاه من الزيادة ، لاغيرها من المدّة التي اعترف بثبوتها عليه ، ولو في ضمن الزيادة التي ادّعاها كما هو واضح . هذا كلّه مع قطع النظر عن كلام الأصحاب ، و إلاّ فلا محيص عن موافقتهم عليه بعد ثبوت إجماعهم عليه ، بل قد يتكلّف موافقته للقواعد أيضاً بعد التأمّل .

وعلى كلّ حال ﴿ فإن أقام كل منهما بينة ﴾ على ما ادّعاه ، بني الحكم على تقديم بيّنة الداخل والخارج ، والأقوى الثاني وهو فيما نحن فيه مدّعي الزيادة في المدّة والحصّة او لم يكن له البذر وحينئذٍ متى قامت البينتان على مقدار الحصّة ﴿ قدّمت بينة العامل ﴾ مع فرض خروجه بكون صاحب البذر المالك .

﴿ وقيل : يرجعان إلى القرعة ﴾ التي هي لكلّ أمرٍ مشكل ﴿و﴾ لا ريب في أنّ ﴿ الأوّل أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده التي منها [1] « البيّنة على المدّعى و اليمين على من أنكر» و بها حينئذٍ يرتفع الأشكال الذي هو وصف موضوع حكم القرعة إنّما الكلام في إطلاق المصنف تقديم قول العامل ، و كذا ما في المختلف قال : « لو اختلفا في الحصّة فالقول قول صاحب البذر مع يمينه ، فإن أقام كلّ بيّنة قدّمت بيّنة العامل، لأنّه الخارج ، ولأنّ القول قول المالك، فالبيّنة بيّنة العامل، وقيل: يرجعان إلى القرعة وليس بجيّد » ، ويمكن تنزيله على ما إذا كان المالك صاحب البذر ، أو يقال بتقديم بيّنة العامل هنا وإن كان صاحب البذر ، لأنّه وإن كان داخلاً بالنسبة إلى قبول قوله عند عدم البيّنة ، لاصالة التبعية ، لكنه خارج عند قيام البيّنة، لكون صاحب الأرض هو ذو اليد على مافيها ، و الأصل عدم خروج منفعتها إلاّ بقوله ، فيكون العامل حينئذٍ خارجاً فتأمّل جيّداً .

المسألة ﴿ الثالثة : لو اختلفا فقال الزارع : أعرتنيها ، وأنكر المالك ﴾ حلف على نفي العارية ﴿و﴾ إن ﴿ ادعى ﴾ مع ذلك ﴿ الحصّة أو الاجرة ولا بيّنة له ﴾

(١) المستدرك ج ٣ ص ١٩٩ .

فإنّه منكر بالنسبة إلى نفي العارية على كلّ حال ، و حينئذٍ ﴿ فالقول قوله ﴾ أي صاحب الأرض بالنسبة إلى ذلك ﴿و﴾ لكن ﴿ تثبت له أجرة المثل﴾ المساوية لما ادعاه أو الأقلّ منه لا الزائدة على ما ادّعاه من الحصّة و الأجرة المسمّاة إلاأنّه ﴿ مع يمين الزارع ﴾ على نفيهما ، حيث يحتاج إليه كما لو فرض زيادتهما عن أجرة المثل أمّا مع فرض قلّتهما عن ذلك ، فلا حاجة إليه ، ضرورة وجوب ذلك عليه بيمين صاحب الأرض على نفي العارية فإنّه يثبت له الأقلّ من أجرة المثل ، وممّا ادّعاه ، لأنّه مع فرض زيادة أجرة المثل عنه قد اعترف المالك أنه لايستحق أزيد مما ادّعاه من الحصّة و الأجرة ، و حينئذٍ يتّجه يمين الزارع على نفيهما مع فرض زيادتهما على ذلك ، أمّا مع المساواة أوالقلّة فلا فائدة فيه ، لوجوب تأديته ذلكعلى كلّ حال .

نعم لو فرض تعلّق غرض مخصوص بكون الاجرة عيناً مشخصة مثلاً أولإرادة عدم الإعطاء من خصوص الزارع ، اتّجه حينئذٍ يمينه على نفي دعوى المالك ، و الرجوع إلى أجرة المثل .

ومن الغريب ما في الحدائق « من كون المتّجه في المسألة ثبوت أجرة المثل و إن زادت على دعوىالمسمّى ، محتجّاً بأن التحالف يسقط الدعوى ويبطلها،وينزلها منزلة العدم ، فلا يؤخذالمالكباعترافه بالإجارة بالأقلّ » ، إذ هو غلط فاحش،ضرورة اقتضاء اليمين نفي مايكون على الحالف ، لا إسقاط مقتضى حكم الإقرار فيحقّ من له اليمين كما هو واضح ، وأفحش منه ما عن الاردبيلي في نظير المسألة منأنّ القول قول مدعى العارية لاصالة براءة الذمّة ، ولانّ اليمين على نفى الإجارة و المزارعة يوجب سقوط الاجرة و الحصّة ، و عوضهما الذي هو اجرة المثل لذهاب اليمينبما فيها » .

و فيه أنّ أصل البراءة مقطوع بقاعدة الضمان ، المستفادة من قوله [1] « من

---

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار .

أتلف »[١] و « على اليد » و نحوهما ، وإلاّ للزم عدم ضمان كلّ متلف ، لكلّ مال شخص بدعوى الهبة ، بل لايحتاج إلى الدعوى بأصالة البراءة والتزامه واضح الفساد والفرق بين المنفعة و العين أوضح فساداً ، وذهاب اليمين بما فيها إنّما هو بالنسبة إلى خصوص ما نفته من الحصّة و الاجرة المسمّاة ، لاغيرها كما هو واضح .

﴿و﴾ على كل حال فقد ظهر لك ضعف ما ﴿ قيل : ﴾ في أصل المسألة من أنّه ﴿ تستعمل القرعة ﴾ لكل أمر مشكل ﴿و﴾ لا إشكال بعد ما عرفت فلا ريب في أن القول ﴿ الاوّل أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، بل لم نعرف القائل بالقرعة هنا بالخصوص .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿ للمزارع تبقية الزرع إلى أوان أخذه ﴾ بلا خلاف ولا إشكال معتدّ به ﴿ لانه مأذون فيه ﴾ باتّفاق منهما ، فيكون له حقّ البقاء ، بناء على العمل بمفهوم قوله[٢] « لا حقّ لعرق ظالم » بل ليس للمالك المطالبة بالقلع ، الزاماً له بدعواه الاجارة والمزارعة .

نعم ليس له منعه لو أراد الزارع أخذه قصيلا ، لعدم ثبوت حقّ له فيه بعد فرض يمينه على نفي المزارعة ، كما أنّه ليس للعامل حقّ الابقاء بناء على جواز الرجوع بالعارية وإن كانت للزرع ، أخذاً له باقراره بدعوى العارية كما هو واضح ؛ هذا كلّه مع كون الدعوى على الفرض المزبور .

﴿أمّا لوقال :﴾ المالك في جوابه ﴿غصبتنيها حلف المالك ﴾ على نفي العارية ﴿ وكان له إزالته و المطالبة بأجرة المثل ، وأرش الأرض إن عابت ، وطمّ الحفر إن كان غرساً ﴾ لكونه حينئذ بحكم الغاصب الذي يترتّب عليه ذلك . ولم يكن ثمّ اقرار من المالك يلزم به ، وليس هو من التداعي الاوّل الذى يتوجّه فيه يمين على مدعي العارية ، فما عن التذكرة - من أنّه يحلف العامل على نفي الغصب - في غير محلّه خصوصاً بعد اعترافه بترتب الاحكام المزبورة التي يكفي فيها عدم تحقق الاذن من

(١) المستدرك ج ٢ ص٥٠٢ .

(٢) الوسائل الباب - ٣٣ من أبواب الاجارة الحديث - ٣ المستدرك ج٣ ص١٤٩.

المالك ، الحاصل بيمينه على نفي العارية التي يدعيها الزارع كما هو واضح .

المسألة ﴿ الرابعة : للمزارع ﴾ بالفتح ﴿ أن يشارك غيره ﴾ في حصته ﴿و أن يزارع عليها غيره ﴾ بحصته أو أقلّ منها ﴿ ولا يتوقف ﴾ ذلك ﴿ على إذن المالك ﴾ بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل عن ظاهر الغنية الإجماع عليه ، لانتقال المنفعة اليه بعقد المزارعة[1] و « الناس مسلطون على أموالهم » .

نعم ليس له تسليم الارض إلاّ بإذن المالك على الوجه الّذي تسمعه في كتاب الإجارة ، وفي موثق سماعة[2] دلالة على ذلك في الجملة « قال سألته عن المزارعة قلت: الرجل يبذر في الأرض مأة جريب أوأقل أوأكثر طعاماً أوغيره ، فيأتيه رجل فيقول له : خذمنّي نصف ثمن هذا البذر الذي زرعته في الارض و نصف نفقتك عليّ ،واشركني فيه قال : لا بأس ، قلت : وإن كان الذى بذر فيه لم يشتره بثمن ، وإنّما هو شيء كان عنده ، قال : فليقوّمه قيمة كما يباع يومئذ ، ثمّ ليأخذ نصف الثمن ، ونصف النفقة و يشاركه » .

ولعلّه لذا اشترط بعضهم فيماحكي عنه في جواز المزارعة والمشاركة كون البذر منه ، ليكون تمليك الحصة منوطاً به ، قال : وبه يفرق بينه وبين عامل المساقاة،حيث لا يصحّ له أن يساقي غيره كما سيأتي ، و لأن البذر إذا كان من صاحب الأرض ، فالأصل أن لا يتسلّط عليه إلّا مالكه ، أو من أذن له ، وهو المزارع ، و استحسنه في المسالك في المزارعة ، قال: « أمّا المشاركة فلا . لأنّ المراد بها أن يبيع بعض حصّته في الزرع مشاعاً بعوض معلوم ، وهذا لا مانع منه ، لملكه لها فيتسلّط على بيعها كيف يشاء ، بخلاف ابتداء المزارعة ، إذلاحق له حينئذ إلاّ العمل ، و به يستحق الحصّة مع احتمال الجواز مطلقاً ، لأنّ لزوم عقدها اقتضى تسلّطه على العمل بنفسه وغيره وتملكه للمنفعة و التصرّف في البذر بالزرع وإن لم يكن بنفسه ، حيث لا يشترط عليه الاختصاص ، فيجوز نقله إلى الغير كما يجوز الاستنابة ، و يضعّف بأنّ البذر

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٤ ـ الطبعة الحديثه .

(٢) الوسائل الباب ـ ١٣ ـ من أبواب أحكام المزارعة الحديث ـ ١ ـ .

حينئذ ليس ملكا له ، وإنّما هومأذون في التصرف بالزرع فيه ، وبه يملك الحصّة وقد يقال : إنّ هذا كاف في جواز مزارعة الغير ، لأنّها عبارة عن نقل حقه في ذلك إليه و تسليطه على العمل فيجوز له كما يجوز له التوكيل فيه و الاستنابة بغيرها من الوجوه - ثم قال : هذا كلّه إذا لم يشترط المالك عليه العمل بنفسه ، وإلّا لم يجز المشاركة ولا المزارعة بحيث يصير العمل كلّه أو بعضه متعلقاً بغيره ، ولا يرد أنّ ذلك يقتضي منع المالك من التصرف فيما له ، فيكون منافياً للمشروع ، لأنّ « الناس مسلطون على أموالهم » لأنّ ذلك حيث لايعارضه حقّ غيره ، وإلّا لم تتم الكليّة ، ضرورة تخلفها في كثير كالراهن و المفلس » .

قلت : قد تبع بذلك كله أو أكثره ما في جامع المقاصد ، ﴿ لكن ﴾ لا يخفى عليك ما في تفسيرهما المشاركة المذكورة في المتن و غيره ، خصوصاً بعد قول المصنف و غيره ﴿ لو شرط المالك الزرع بنفسه لزم ، ولم تجز المشاركة إلّا بإذنه ﴾ ضرورة أنه لامعنى لمنعها ، بناء على أنّها عبارة عن شراء بعض حصّة العامل بعد ظهورها ، و ملكه إيّاها ، لعدم منافاة ذلك لاشتراط الزرع بنفسه ، حتّى لو احتاجت بعد إلى العمل الّذي يمكن شراء الحصّة منه ، مع المحافظة على البقاء على العمل بنفسه الذى هو في الحقيقة لحصّته وحصّة ربّ الأرض ، فليس هومستحقاً له أجمع ، والفرض كون الشركة في حصّته .

ومن هنا أنكر الأردبيلي فيما حكي عنه على التفسير المذكور ، وقال : « إنّ ظاهر العبارات أعمّ من ذلك ، بل غير ذلك وهو شركة غيره معه بالعمل المشروط له عليه ببعض الحصّة المشروطة له ، فكأنه يرجع إلى المزارعة في البعض ، و هو جيّد ولا ينافيه حينئذ ذكر المزارعة بعدها المحمول على إرادة عدم شركته معه في العمل ، بل يكون المزارع الثاني هو المستقلّ ، ويكون للاوّل من نفس منفعة الارض مثلاً .
أو يقال : إنّ المراد الشركة معه في العمل ببعض الحصّة بطريق الصلح .

ومن التأمّل فيما ذكرنا يظهر أنّه لاوجه للمنع من مزارعة الغير حتّى مع اشتراط الاختصاص في العمل ، إذ لا يعتبر في تحقق المزارعة العمل من المزارع كما

عرفته سابقاً ، بل يكفي فيها دفع العوامل أو بعض البذر ، بل يمكن مزارعة الغير على وجه يكون هو الاجير له في العمل .

ولعلّه لذا اقتصر المصنّف على عدم جواز المشاركة مع اشتراط الزرع بنفسه بخلافه في القواعد حيث قال : « وللمزارع أن يشارك غيره ، وأن يزارع عليها غيره وإن لم يأذن المالك » .

نعم لو شرط الاختصاص لم تجز المشاركة ولا المزارعة ، اللهمّ إلاّ أن يريد الاختصاص بالحصّة أيضاً ، لكن في صحّة هذا الشرط حينئذٍ بحث ، لعموم تسلّط الناس ، ولما حكي من الاجماع في كتاب البيع على عدم صحّة مثل هذا الشرط،وقياس ذلك على الراهن والمفلّس في غير محله ، وكانّ الذي أوقع ثاني المحققين ، والشهيدين في التزام ذلك تفسيرهم الشركة هنا بماسمعت ، وفيه ماعرفت ، كما أنّه لايخفى عليك ما في الوسوسة في عدم اعتبار كون البذر منه في جواز المزارعة أيضاً ، ضرورة كون ذلك مقتضى العمومات ، والمنع في المساقاة ـ إن كان الاجماع أو غيره ـ لايقتضي المنع هنا ، بل عن ظاهر الغنية الاجماع عليه ، بل لم نعرف القائل به بالخصوص ، عدا ما في الحواشي المنسوبة إلى الشهيد من نسبته إلى عميد الدين ، ولا ريب في ضعفه لما عرفته من كفاية عقد المزارعة في تمليك الحصّة من غير حاجة إلى ملك البذر ، كالمزارع الاوّل و الخبر الاوّل لادلالة فيه على ذلك بل لعله خارج عما نحن فيه ، بكون المراد منه السؤال عن المزارعة بهذا الوجه ، أي تملك الزرع بالطريق المذكور ، لاأنّ المراد عقد المزارعة ولا أنّ العامل باعه ما ملكه بالمزارعة فتأمّل جيداً .

المسألة ﴿ الخامسة : خراج الأرض و مؤنتها ﴾ كأجرتها و نحوها ﴿ على صاحبها ﴾ لأصالة براءة ذمّة العامل الذي لم يوجب عليه عقد المزارعة ذلك و نحوه بل في خبر سعيد الكندي (١) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إنّي آجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم ، قال :اعطهم فضل مابينهما ، قلت : أنا لم أظلمهم ولم أزد عليهم قال : إنّهم إنّما زادوا على أرضك » .

---

(١) الوسائل الباب ـ١٦ـ من ابواب أحكام المزارعة الحديث ـ ١٠ .

و إن قال في الرياض: « فيه قصور من حيث السند، و مخالفة في المتن لقاعدة « لاتزر وازرة وزر اخرى » ولذا قال الراوي ماسمعت، ثم قال: و يستفاد من التعليل انسحاب الحكم في كلّ موضع يشابه مورده، كما يتفق كثيراً في بلادنا من الظلم على سكنة الدور بمال يكتب عليها، فمقتضى الأصل والقاعدة براءة ذمّة أربابها وصرف الغرامة إلى السكنة: فإنّ المظلوم من ظلم، ولكنّ الحال في السند كما ترى، ولا أجد له جابرا، فيشكل الحكم به هنا أيضاً ».

قلت: لعلّ ما في الخبر المزبور من الخراج الذى هو على مالك الأرض، ضرورة عدم تقديره بقدر فقد يزيد السلطان فيه، وقد ينقص، لاختلاف الأزمنة و الرجوع به على المالك إنّما هو باعتبار أخذ السلطان العوض عنه، فكأنه قد اشترى من السلطان ذلك ﴿ إلا ان يشترطه على الزارع ﴾ فيلزم حينئذ.

لكن في المسالك « لوشرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة، فهي على صاحب الأرض، لأنّ الشرط لم يتناولها، ولم تكن معلومة، فلا يمكن اشتراطها ولو شرطا ذلك أو بعضه عليها، أواخراجه من الأصل والباقي بينهما فهو كما لوشرط المالك زيادة على العامل، لأنّه بمعناه».

و أشكله بعض الناس بأنه مناف لما يفيده ظاهر جملة من النصوص من اغتفار مثل هذه الجهالة، ففي صحيح داود بن سرحان[1] عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل تكون له الأرض يكون عليها خراج معلوم، و ربما زاد و ربما نقص فدفعها الى الرجل على أن يكفيه خراجها، و يعطيه مأتي درهم في السنة، قال: لا بأس ».

وفي صحيح يعقوب بن شعيب[2] عنه أيضاً « سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى رجل على أن يعمّرها ويصلحها و يؤدى خراجها، وما كان من فضل فهو بينهما. قال: لا بأس ».

بل في الحدائق أنه ورد في النصوص ماهو أعظم من ذلك وهو إجارتها أوقبالتها

(١) الوسائل الباب -١٧- من ابواب أحكام المزارعة الحديث - ١ .
(٢) الوسائل الباب -١٠- من ابواب أحكام المزارعة الحديث - ٢ .

بماعليها من الخراج قل ّ أو كثر ، قال ابراهيم بن ميمون [١] « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قرية لأناس من أهل الذمّة لا أدرى أصلها لهم أم لا ، غير أنها في أيديهم و عليهم خراج ، فاعتدى عليهم السلطان فطلبوا إلي فاعطوني أرضهم وقريتهم على أن أكفيهم السلطان بما قل ّ أو كثر ففضل لي بعد ذلك فضل بعد ماقبض السلطان ما قبض قال : لا بأس بذلك ، لك ما كان من فضل » .

وفي صحيح أبي بردة بن رجا[٢] قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن القوم يدفعون أرضهم إلى رجل فيقولون : كلها وأد ّ خراجها قال : لا بأس إذا شاؤوا أن يأخذوها أخذوها » .

وخبر أبي الربيع[٣] « قال أبوعبدالله عليه السلام في رجل يأتي على قرية وقداعتدى عليهم السلطان فضعفوا عن القيام بخراجها والقرية في أيديهم ، ولا يدرى هي لهم أم لغيرهم فيدفعونها إليه على أن يؤد ّى خراجها فيأخذها منهم ، و يؤد ّى خراجها و يفضل بعد ذلك شيء كثير قال : لا بأس بذلك إذا كان الشرط عليهم بذلك» .

لكن في الرياض بعد أن ذكر صحيح ابن سرحان قال : « ونحوه غيره ، و في الدلالة ضعف ، فان غايته نفي البأس الغير الملازم للزوم الذي هو المطلوب ، لأعمّيته منه ، فقد يجامع جواز الرجوع ، ويكون المطلوب من نفي البأس حينئذ بيان الجواز مع حصول التراضي ، ألا ترى إلى الصحيح ، أى صحيح أبى بردة [٤] قد حكم فيه بنفي البأس عن نحو ذلك ، مع تصريحه بجواز الرجوع ، فظهر أن المراد من نفي البأس حيث يطلق . إنّما هو بيان الجواز المطلق لا اللزوم ، إلاّ أن يقال : بأن المقصود من التمسّك بنفي البأس إنّما هو اثبات الجواز ، دفعاً لما يتوهم من النهى عنه الناشي من الجهالة ، وحيث ثبت الجواز ثبت اللزوم ، حيث يذكر في العقد اللازم عملاً بما دل ّ على لزومه ، وهذا هو السر ّ في تمسك الأصحاب في القول بلزوم كثير من الشروط

(١) الوسائل الباب -١٧- من ابواب أحكام المزارعة الحديث - ٢ .
(٢) (٣) الوسائل الباب -١٧- من ابواب أحكام المزارعه الحديث -٣-٤ .
(٤) الوسائل الباب -١٧- من ابواب احكام المزارعة الحديث - ٣ .

في العقود اللازمة بالنصوص التي غايتها نفي البأس عنها ، لا الحكم بلزومها ، ولكن هذا يتمّ لو دلّت النصوص على نفي البأس عنها و إن ذكرت في العقد اللازم ، و إلاّ فالتمسّك بها لذلك محلّ اشكال ، إذ المناط في نفي البأس حيث يذكر في غيرالعقود اللازمة هو حصول المراضاة ، و الغرر والجهالة لعلهما مغتفران معها فيما عداها ، لجواز الرجوع بعد ظهور الغرر دونها ، لعدم جوازه فيها للزومها ، و لعله لذا نهى عنها ، ونصوص المسألة لعلها من هذا القبيل . إذ لم يذكر فيها وقوع اشتراط ذلك في عقد لازم ، فكيف يستدلّ بها على الجواز ولو ذكر فيه ، إلاّ أن يتمسّك باطلاق نفى البأس الشامل لصورتى وقوع الشرط في ضمن العقد اللازم وغيره ، إلاّ أن في الخروج بمثله عن عموم مادلّ على النهي عن الغرر و الجهالة إشكالاً .

قلت : لعلّ الوجه فيإطلاق النص والفتوى صحّة هذا الشرط أنّه من اشتراط كون حقّ الخراج عليه ، نحو اشتراط حقّ الزكاة على مشترى الثمرة مع عدم العلم بمقدارها فلا يقدح جهالة مايؤديه عنذلك ، اذليس هو اشتراط قدر ، بل هو اشتراط حقّ ، وربما لايؤدى عنه شيئاً ، ومرجعه إلى صيرورة الزارع كالمالك في تعلق هذا الحق به ، الذي لاإشكال في صحة اشتراطه عليه ، ولو مؤكداً ومثل ذلك ليس من الجهالة في شيء كماهو واضح .

ولعلّه لذا أطلق المصنف وغيرهصحة الشرط المزبور مع معلوميةكون الخراج قديزيد وينقص ، كما سمعت التصريح به في النصّ ، واعتبار المعلومية إنما وقع في كلام بعض المتأخرين ، و أنكره عليه بعض من تأخر عنه ، فمن الغريب ماسمعته من فاضل الرياض من التردد في ذلك .

ثم إنّ المراد بالمؤنة على مااستظهره في المسالك مايتوقف عليه الزرع ، ولا يتعلّق بنفس عمله وتنميته كاصلاح النهر والحائط ونصب الأبواب إن احتيج إليها ، وإقامة الدولاب ومالا يتكرركلّ سنة ،كما فصّلوه في المساقاة ، والمراد بالعمل الذى على الزارعمافيه صلاح الزرع وبقاؤه مما يتكرركلّ سنةكالحرث والسقي وآلاتهما وتنقية النهر من الحماة وحفظ الزرع وحصاده ونحو ذلك ، ثم قال : « فكلامهم في

هذا المحلّ قاصر جدّاً، هذا كلّه إذالم يشترط ذلك على الزارع ، فان شرط عليه لزم إذا كان القدر معلوماً ، وكذا اوشرط بعضه معيّناً أومشاعاً مع ضبطه » .

قلت : لاإشكال فيكون المرجع فيما ذكره مع الاطلاق تعارف ماهو على المالك أو العامل ، وإلا اشكل الحال .

وقد يقال : إنّ المراد بمؤنة الأرض - بقرينة ذكرهم لها مع الخراج - ماكان مثله منأجرة الأرض عوض قبالتها ، ونحو ذلك مما هو سبب في الاستيلاءعلي كونالأرض بيده ، إجارة وزراعة وغيرهما ، ولعلّ هذا أقرب عند التأمل والله العالم .

المسألة ﴿السّادسة :كلّ موضع يحكمفيه ببطلانالمزارعة تجبلصاحبالأرض أجرة المثل ﴾ إنكان البذر من العامل الذى يكون منه الحاصل حينئذ ، كما أنّه لصاحبها إنكان البذر منه ، ولكن عليه أجرة مثل العامل والعوامل ، ولوكان البذر منهما فالحاصل بينهما على النسبة ، ولكلّ منهما على الآخر أجرة مثل مايخصّه على نسبة ماللآخر فيه من الحصّة ، فاذا كان البذر بينهما مثلاّ ، رجع المالك بنصف أجرة أرضه ، والعامل بنصف أجرة عمله وعوامله وآلاته .

وعلى هذا قياس باقى الأقسام ، ولو كان البذر من ثالث فالحاصل له ، وعليه أجرة مثل الزرع وباقى الاعمال وآلاتهما ، بلا خلاف في شيء من ذلك أجده ، كما اعترف بهفيالرّياض ، ووجهه ماتقدم غير مرّة،وخصوصاًفي قاعدة « مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده » بل في الرياض هنا «إنّ اطلاق العبارة كغيرها يقتضي عدم الفرق في ثبوت الأجرة لمن ليس له البذر على الآخر في مقابلة أرضه أو عمله بين أن يكون هناك حاصل أم لا. »

وهو كذلك مع فرض شغل الأرض بالبذر ، والعمل من العامل، أمّا مع فرض عدم استعمال العامل الأرض ، لاقدام منه على مخالفة عقد المزارعة الذى بان فساده ، أولعلمه بالبطلان أوغيرذلك فقد يشكل ضمانه الأجرة حينئذ ، بأصالة براءةالذمة مع فرض عدم منع المالك منها ، خصوصاً مع علمه بالبطلان ، ألّلهم إلاّ أن يفرض كونها في يده التى هي يدضمان، ضرورةعدم الإذن في ذلك ، لفرض انحصارها فيالعقد

المفروض بطلانه ، فتبقى الأرض حينئذٍ في يده بحكم الغصب .

لكن مع ذلك لايخلو من نظر وتأمّل ،كما أنه لايخلو اطلاقهم الأجرةالشامل لصورتي علمهما وجهلهما ، وعلم أحدهما خاصّة ـ من تأمل ، خصوصاً بعد ما تسمعه منهم في المساقاة من التصريح بعدم الأجرة للعامل مع العلم ببطلانها ، لكونه حينئذٍ متبرّعاً ، والمسألة من واد واحد ، ولولا ذلك لأمكن توجه الأطلاق هنا بأنه لاملازمة بين العلم بالبطلان والمجانيّة ، بعد فرض كون دفع الأرض والعمل بعنوان تلك المزارعة الباطلة ، فتبقى حينئذٍ على قاعدة « أحترام مال المسلم وعمله ، كما صرّح به بعضهم في غير المقام ،كالبيع الفاسد والاجارة الفاسدة ، وكذا لايخلو الاطلاق المزبور من اشكال بعد تقييدهم له في المساقاة بما إذالم يكن البطلان من اشتراط عدم الحصّة ، وإلا كان متبرّعاً ، فان نظيره هنا أيضاً آت ، وإن كان يمكن أن يقال : إنّ رضاه بعدمها إنما كان بعنوان العقد الذى قد فرض فساده ، فلا إذن حينئذٍ فيبقى تحت القاعدة التى ذكرناها فلاحظ وتأمّل .

المسألة ﴿السابعة : يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع ، والزارع بالخيار في القبول والردّ ، فإن قبل كان استقرار ذلك مشروطاً بالسلامة ، فلوتلف الزرع بآفة سماوية أوأرضية ، لم يكن عليه شيء﴾ كما أوضحنا ذلك كلّه مع باقي فروع المسألة في بيع الثمار ، فلاحظ وتأمّل هذا .

ولكن بقي هنا أمور لم يذكرها المصنف ، منها : ان البذر مع اطلاق المزارعة من العامل أوالهالك ، صرّح الفاضل في القواعد بالأوّل ، وعن بعض العامة الثاني ، وظاهر موضع من التذكرة وجوب التعيين.

قلت : لا كلام مع فرض انصرافٍ للاطلاق ، فإنّه المتّبع حينئذٍ من غيرفرق بين البذر و غيره ، و أمّا مع عدمه فيحتمل التعيين ـ و إلاّ بطل العقد للغرر ، ـ وأن يكون على العامل ، لقوله عليه السلام (١) في جواب السؤال عن المزارعة « النفقة منك ، و الارض لصاحبها » فيكون حينئذٍ كالأصل الشرعي في ذلك .

(١) الوسائل الباب ـ ١٠ من ابواب أحكام المزارعة و المساقاة الحديث ـ ٢

ومنها أنّ الحبّ الثابت في الأرض في العام الاخر الذي هو غير عام المزارعة إن كان لأحدهما كان النماء له ، وعليه أجرة الارض إن كان لغير مالكها ، وإن كان من مال المزارعة كان بينهما على حسب النسبة ، ويخصّه من الأجرة مقدار نصيبه ، لكن مع فرض كون الحبّ من الذى هو معرض عنه على وجه يجوز للملتقط التقاطه فهل هو كذلك لأنه لايزول عن الملك بالإعراض ، بل به مع الإستيلاء ، والفرض عدمه إلى أن صار زرعاً ، والفرض عدم الاعراض عنه في هذا الحال ، أوأنه يكون لصاحب الأرض ، لأنّه من توابعها ونمائها ، بل لعلّ كونه فيها نوع استيلاء من المالك عليه وجهان ، إلا أنه جزم في التذكرة بأنه بينهما على كل حال ، خلافاً لبعض العامة .

ومنها : أنّ ماجاء في النصوص هنا من قبالة الارض بشيء معلوم ، سنين معلومة ، وعليه خراجها وعمارتها أوقبالتها بخراجها وعمارتها ، أو بغير ذلك مما تضمنته اخبار المقام هل هو عقد برأسه ، وإن أفاد فائدة المزارعة والاجارة والصّلح في بعض الموارد ، أو أن المراد من لفظ التقبيل هنا ما ينطبق على ذلك المورد من العقود المعهودة ولو الصّلح وجهان ، أوقولان ، أقواهما الثاني كما أوضحناه في مسألة الخرص في بيع الثمار ، لعدم إفراد الأصحاب باباً للقبالة على وجه يعرف به كونها من العقود المتعارفة في ذلك الزمان ، ولم يتعرضوا لألفاظ هذا العقد ، ولا لشرائطه ولا لأحكامه ولا لموارده ، و ذلك كلّه قرينة على أنهم فهموا من لفظ التقبيل ما ذكرناه ، فالتعبير به حينئذٍ كالتعبير بالأخذ والتناول ونحوهما مما يعلم عدم إرادة كونه عقداً برأسه ، ودعوى عدم صلاحية جميع العقود لبعض مواردها ، فيدلّ على أنها عقد برأسه قد أوضحنا فسادها في مسألة الخرص من بيع الثمار ، فلاحظ وتأمّل .

ومنها : أنه حيث يستحق المالك قلع الزرع فهل يضمن الزكاة لمستحقها لو فرض بلوغه حدّ تعلقها إذا قلعه؟ وجهان بل قولان ، لأنّ ظاهر المحكي عن ابن الجنيد الأوّل ، و ظاهر الفاضل في المختلف الثاني ، والله العالم هذا كله في المزارعة .

وأما المساقاة

﴿فهي﴾ جائزة بالإجماع من علمائنا وأكثر العامّة، خلافاً لأبي حنيفة وزفر، فأنكراها للجهالة و الغرر، ولاريب في ضعفه، للنصوص المروية من الطرفين في قصة خيبر [١] وغيرها، بل لعلّها من طرقنا متواترة أومقطوع بمضمونها.

نعم ليس في شيء منها تصريح بلفظ المساقاة، إلّا أنها دالّة صريحاً أوظاهراً على مشروعية ﴿معاملة على﴾ سقي ﴿أصول ثابتة﴾ بالثاء المثلثة أو بالنون كالنخل والشجر ﴿بحصّة من حاصلها﴾ ولا نعنى بالمساقاة إلا ذلك.

بل أطنب بعض الأفاضل في أنّ تسمية هذه المعاملة بالمساقاة إصطلاح جديد حدث بعد زمان الشارع، بل قال: إنّه بعد زمان الصحابة والتابعين، فإن المساقاة في اللغة كماصرّح به في القواعد وغيره مفاعلةمن السقي،كما يقتضيهاشتقاق الصّيغة ولم يذكرأحد من اللّغويين ورود المساقاة في اللغة بالمعنى الذي ذكره الفقها، ولاوجدنا ذلك في استعمالات العرب، ولوكان ثابتاً لذكره أهل اللغة،كما ذكروا المزارعةوغيرها من الفاظ المعاملات الثابتة في اللّغة، ونقلها إلى هذا المعنى في عرف الشارع أوالأئمة عليهم السلام غير ثابت، إذلا ذكر للمساقاة في الكتاب والسنة، ولا في الأحاديث المرويّة عن أهل البيت عليهم السلام، ولذا لم يعقد أحد من أصحاب الحديث كالكليني و الصّدوق باباً للمساقاة، وإنماأوردوا الأحاديث المتعلّقة بها في باب المزارعة، والنقل إلى المعنى فرع الاستعمال فيه، فمالم يثبت الاستعمال لم يثبت النقل، وثبوته عند الفقهاء إنّما يقتضي الحقيقة الشرعية على القول بثبوتها لوثبت استعمال الشارع إيّاها في المعنى المعروف،لامطلقا، إذلاريب في أنّ للفقهاء والمتكلّمين والأصوليين إصطلاحات كثيرة، ليست بحقائق شرعية فلا يلزم من كون المساقاة حقيقة في هذا المعنى في عرف

(١) الوسائل الباب ـ ٨ ـ ٩ ـ ١٠ من ابواب أحكام المزارعة.

المتشرعة أن تكون حقيقة فيه عند الشارع ، و ذلك ظاهر ، و قولهم سمّيت بذلك لأنّ أكثر حاجة أهل الحجاز إلى السقي ، لأنهم يسقون من الآبار لا إشعار فيه بتعيين زمان الوضع أصلا، لاحتمال تجدد الوضع بعد الشارع بهذه العلّة ، ونسبة القول بها إلى الصحابة والتابعين ، ودعوى الاجماع عليها من السلف لا يقتضي تسميتها بالمساقاة عندهم ، لجواز أن يكون المراد أنهم قالوا بصحّة المعاملة المسمّاة عند الفقهاء بهذا الاسم ، وأجمعوا عليها ، وإن وقع التعبير عنها في زمانهم بلفظ آخر ، و ماذكره الفقهاء - من أن الايجاب لابدّ أن يكون بلفظ المساقاة ومايؤدي معناها وأنّ أظهر الصّيغ في هذا العقد ساقيتك ، أو عقدت معك عقد المساقاة محمول على العقود الواقعة في زمانهم ، أعني زمان النقل ، وليس المراد جواز العقد بلفظ المساقاة ولو في عصر الشارع ، حتى يجب القول بوضعه فيه ، حذراً من لزوم استعمال الألفاظ الغير الصريحة في العقود ، (لا يقال) قول الأصحاب «المساقاة شرعاً معاملة » إلى آخره يقتضي كون هذا المعنى هو معنى اللفظ في الشرع ، و كفى بقولهم هذا دليلاً على النقل (لأنا نقول) : قد ذكر الإشكال فيما ذكره الفقهاء من ألفاظ المعاملات من أنّها لغة كذا ، وشرعاً كذا ، وأنّ هذا القول بظاهره لا يستقيم في الأكثر ، وإنّ بعض المتأخرين حمل التحديدات الشرعية في المعاملات على تحديدها بحسب عرف المتشرعة دون الشارع، فإن صحّ ذلك ، وإلاّ أمكن الحمل على إرادة المعنى الثابت شرعاً ، وإن كان الواضع فيه غير الشارع .

وعلى كل حال فلاريب في إرادة أحد المعنيين هنا إن لم يتعين ذلك في غيره ، لما عرفت من عدم ورود المساقاة في الكتاب والسنة ولا في أحاديث الأئمة عليهم السلام والحقيقة لاتثبت بدون الاستعمال قطعاً ، واحتمال ثبوت الاستعمال في عصر الشارع أو الائمة عليهم السلام مع عدم النقل إلينا خلاف الأصل وإن كان هذا كلّه منه قليل الجدوى بعد فرض عدم وجود لفظ المساقاة عنواناً لحكم في شيء مما وصل إلينا من النصوص ، مضافاً

إلى مافيه من إمكان المناقشة في جملة مما ذكره ، وإلى ما في صحيح يعقوب بن شعيب[1] من تضمن الايجاب بلفظ « اسق » لكن قال : إنه أمر من السقي ، دون المساقاة ، والمراد منه المعنى اللغوى دون العرفي ، وفيه ماعرفت من أنه لاوجه لانشائية الايجاب بلفظ الأمر مراداً منه المعنى اللغوى ، بل لابدّ من ملاحظة المعنى الشرعي فيه ، كما تقدم نظيره في المضاربة ، وإذا جاز العقد بلفظ الأمر في ذلك الزمان ،جاز بلفظ « ساقيتك »بطريق أولى ، بل هو مقتض لوضع مبدأ الاشتقاق بالمعنى المتشرعي، إذلا وجه لارادة معنى من المشتق دون المشتق منه .

ومن ذلك وغيره يظهر عدم انحصار فائدة البحث عن معنى المساقاة في كلام الأصحاب ومعاقد إجماعاتهم ونحو ذلك ، دون استنباط أحكام المساقاة من الخطابات الشرعية كما ذكره الفاضل المزبور ، هذا .

وربما ظهر من كلام بعض أن المزارعة تطلق في الأخبار على مايشمل المساقاة، فيمكن استفادة أحكام المساقاة منها ، وفيه : منع كونه حقيقة ، إذغايته ثبوت الاستعمال الذي هو أعمّ ، خصوصاً بعد أن كان المفهوم عرفاً من المزارعة المعاملة على الأرض بحصّة من حاصلها ، وقد صرّح أهل اللّغة بأنّ ذلك هو معنى المزارعة ، وإن أريد الاطلاق ولو على سبيل المجاز فهو مسلّم ، لكن يتبع وجود القرينة الصّارفة عن إرادة الخصوصية ، ودعوى ثبوتها في جميع موارد استعمال المزارعة في الرّوايات غير مسلّم ، بل مقطوع بفساده .

نعم قدذكر بعض الفقهاء أن المخابرة المتكررة في الأخبار - من المعاملة مع أهل خيبر قال ابن الاعرابى أهل المخابرة من خيبر ، لأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان أقرّها في أيدي أهلها على النصف فقيل خابرهم أي عاملهم في خيبر ، وهي بهذا المعنى - تعم المساقاة قطعاً ، لكن فيه إنّ تفسير المخابرة بذلك ليس بثابت أيضاً ، فإنّ أبا عبيدة نصّ على أنّ المخابرة من الخبير وهو الاكار ، وفي الصحاح الخبير

(١) الوسائل الباب - ٩ - من ابواب احكام المزارعه الحديث - ٢ .

الاكار ، ومنه المخابرة ، وهي المزارعة . وعن المصباح المنير خبرت الأرض شققتها للزراعة ، فأنا خبير ، ومنه المخابرة ، وهي المزارعة ، وقيل ، هي من الخبرة وهي النصيب ، وقيل : من الخيار ، وهي الأرض اللّينة ، وقيل : المخابرة المعاملة على الأرض ببعض مايخرج منها ، والبذر من العامل ، والمزارعة هي هذه والبذر من المالك ، والمشهور أنّهما بمعنى واحد ، وحينئذٍ فلا يصحّ الاستدلال بالمخابرة على المساقاة التي قدعرفت فساد دعوى دخولها فيمفهوم المزارعة .

وكيف كان فهي معاملة كغيرها من عقود المعاوضات لكنها على أصول لا كالمزارعة التي هي معاملة على زرع بل ينبغي أن تكون أصولاً ثابتة بالثاء المثلثة لا كالخضروات ولا كالودى غير المغروس ، ونحو ذلك بل لابدّ أن تكون أيضاً بحصّة مشاعة من ثمرها كالإجارة التي يعتبر فيها أن تكون بأجرة معلومة معيّنة أومضمونة .

نعم يراد من الثمرة هنا مطلق نماء الشجر . فيدخل فيه ما يقصد ورده وورقه ، بناء على جواز المساقاة عليه ، وإن كان ستسمع تردّد المصنف فيه هذا .

ولكن ظاهر المصنف وغيره أنّ هذه المعاملة بهذه القيود لاتكون إلاّ مساقاة ، وقد يناقش بإمكان دعوى جريان الصّلح فيها وقيامه مقامها ، بناءً على قبوله لمثل هذا العوض ، إلاّ أنه يسهل الخطب أنّ المراد من أمثال هذه التعريفات التصوير في الجملة كماذكرناه غير مرّة .

ثم إنّه قد يتوهم من قول المصنف وغيره هنا « معاملة » عدم كونها بمعنى العقد المزبور ، بل هي لما يشمله والمعاطاة كما عن التذكرة التصريح به ، ولكنه ليس كذلك ، لذكره نحو ذلك في المزارعة ، ولقوله بعد ذلك متصلاً به الأوّل في العقد .

نعم الكلام في صحّة المعاطاة فيها على حسب ماسمعته في البيع بناء على الحاقها به ضرورة عدم الفرق بينها وبينه والاجارة وغيرهما ، حتى بالنسبة إلى دعوى السّيرة القطعية الدالّة على مشروعية المعاطاة .

لكن في المسالك تبعاً لجامع المقاصد استبعاد جريان المعاطاة في هذا العقد ، لما فيه من الغرر وجهالة العوض ، بخلاف البيع والإجارة ، فينبغي الإقتصار فيه على

موضع اليقين ، إلاّ أنّه كما ترى ، إذالإشتمال على الغرر ليس قادحاً في جواز المعاطاة بعد قيام الدليل ، كما في المساقاة العقدية . نعم بناء على ماااخترناه من الاباحة في البيع ففي جريانها في المقام ونظائره نظر ، ولعلّ الجواز لايخلو من قوة مع فرض قيام السيرة الصالحة لاثبات مثل ذلك .

﴿و﴾ على كل حال فتمام ﴿النظر فيه﴾ أي في هذا الكتاب ﴿يستدعي فصولاً﴾.

﴿ الاول : في العقد ﴾

﴿و﴾ لاريب بل ولاخلاف في صحة ﴿صيغة الايجاب﴾ لهذاالعقد بـ ﴿أن يقول ساقيتك أو عاملتك أو سلمت إليك أو ماأشبهه﴾ في الصراحة في المعنى المزبور ، ولو بضميمة القيود التي ليست قرائن مجاز ، لعدم تعيين الشارع في المساقاة لفظاً بخصوصه .

نعم ناقش بعض الناس في مساواة هذه الالفاظ للفظ المساقاة بأن المعاملة والعمل والتسليم أعم منها ، لامساوية لها .

ودفعه : بأن المراد مساواتها لها بعد ذكر المتعلقات و القيود ، وليس هذا من المجاز في شيء إذ المفروض أن الألفاظ مستعملة في معانيها الحقيقية ، وأن الخصوصية مرادة من القيود لامنها .

وإن كان قد يناقش أولاً : بأن إطلاقهم العقد بهذه الالفاظ شامل للعقد بها على الوجهين .

وثانيا : بأنها حال العقد بها لابد من استعمالها في إنشاء معنى خصوص ذلك العقد منها ، والقيود كلها قرينة على ذلك . و إلا لم يكن وجه لعقد ذلك العقد بها مع استعمالها في المعنى الأعم منها المراد منه الخصوص ، كما هو واضح بأدنى تأمل . و منه يظهر النظر في دعوى الاجماع على عدم جواز استعمال المجاز ، وإن كان صريحاً في عقد العقد اللازم .

وعلى كل حال فقد يظهر من قول المصنف وغيره أوما أشبهه اعتبار الماضوية في الصيغة هنا كما صرح به ثاني المحققين والشهيدين ، بل قال الاخير منهما لاوجه لإخراج هذا العقد اللازم من بين نظائره ، وقد نوقش في الاكتفاء في المزارعة بلفظ الأمر مع الإستناد فيها إلى النص ، وهو منتف هنا ، و إن كان فيه مالايخفى ، إذ قد عرفت فيما تقدم أن الموجود في النص في المزارعة لفظ المضارع ، و أمّا لفظ الأمر فهو

في المساقاة في صحيح يعقوب بن شعيب [١] وحمله على المقاولة السابقة على المعاملة تكلف من غير ضرورة ، ولعله لذا جزم في التذكرة بتحقق عقد المساقاة بلفظ تعهد نخلي بكذا، أو أعمل فيه بكذا ، دون المزارعة ، لورود النصّ فيها دونها فإنّ الاخبار الواردة في المزارعة كما عرفت إنما دلت على الوقوع بصيغة المضارع ، وهو خلاف المقصود ، إلاّ أنّه لما كان قوله أزرع هذه الأرض بكذا صريحاً فيها أيضاً مع معلوميّة اتحاد أحكام المزارعة والمساقاة أمكن القول به فيها أيضاً، إلاّ أنه قطع به في المساقاة لما عرفت بل قوّاه الفاضل الطباطبائي في مصابيحه أيضاً ، قال : « لأن قول القائل اسق هذا النخل ولك نصف الحاصل مثلاً صريح في إنشاء المساقاة ، والقصد إلى ايقاع المعاملة بنفس هذا اللفظ كقوله ساقيتك و عاملتك ، بخلاف مثل قوله: بعني مثل هذا و صالحني أو آجرلي ، فإن المفهوم من ذلك طلب البيع والصلح والاجارة مثلاً ، دون إنشاء وقوعها ، ومثل ذلك مالو قال ساقني أو عاملني على هذا النخل ، فإنه لايقع العقد به ، لأن مقتضاه طلب المساقاة دون وقوعها ، ولايلزم من وقوع العقد بصيغة الأمر في الجملة وقوعه بكل أمر ، ولامن الجواز في المساقاة الجواز في كل عقد ، إذ المدار على صراحة الصيغة في انشاء المعاملة المقصودة ، لاعلى خصوص صيغة معينة ، لعدم الوضع الشرعي ، وانتفاء مايقتضي التعيين ، فمتى تحققت الصراحة المطلوبة صح العقد وإن كان بغير الماضي، و إن انتفت كان العقد فاسدا و إن كان بصيغة الماضي ، ألا ترى أنّ الفقهاء صرحوا في الرهن بجواز مثل «هذا وثيقة» أو رهن مع اشتراطهم الماضوية في العقود ، وليس إلا لصراحة الصيغة في عقد الرهن ، وإنّ المطلوب في العقود صراحة الألفاظ ، وإنّما اعتبرت الماضوية فيها لقرب الماضي من الانشاء ، وبعده عن احتمال الوعد والطلب ، كما في المستقبل والأمر على ماصرح به غير واحد منهم ، فإذا فرض مساواتها للماضي في الصراحة صح فيها كما صحّ هو أيضا » و إن كان لايخفى عليك ما في هذا الكلام إذا أحطت خبراً بما ذكرناه في غير موضع من هذا الكتاب من أنه إن لم يكن إجماع جاز عقد جميع العقود لازمها وغيره بجميع مايدل على ذلك من حقيقة أو مجاز بصيغة الماضي

(١) الوسائل الباب ٩ ــ من ابواب احكام المزارعة الحديث ــ ٢ .

وغيرها ، وتكفي الصراحة الحاصلة من قرائن المجاز ، كالقرائن المشخصة للمشترك المعنوى ، والصراحة في الماضي الحاصلة بالقرينة المخرجة له عن احتمال الخبر ، كالقرائن المخرجة لإحتمال الطلب ، والوعد في الأمر والمضارع ، فإنّ جميعها عند إرادة العقد بها تخرج عن إرادة الفعلية و الزمانية منها .

وبذلك يظهر لك ما في دعوى الصراحة في اسق و ازرع ، فإنّ غايتها الصراحة في المعنى اللغوى ، وهو غير معنى العقدية المساوي لحال ساقيت عند إرادته ، كما هو واضح بأدنى تأمل ، و من الغريب غفلته رحمه الله عن ذلك .

و أغرب منه ما وقع للمحقق الثاني هنا ـ من أنّ صيغ العقود اللازمة حيث كانت محتاجة إلى التوقيف من الشارع ، وقد وضع لها الشارع صيغة الماضي لكونها أصرح صيغ الإنشاء ، وجب الإقتصار عليها في هذه المعاملة المشتملة على الغرر والجهالة، عملاً باليقين ، إذ هو كما ترى مجرّد دعوى ، خالية عن الدليل ، فإنه ليس في الأدلّة الشرعية ما يقتضي الوضع ، بل فيها ما يقضي بخلافه في كثير من المواضع التي منها ما سمعته في المزارعة والرهن وغير ذلك ، وكذا دعوى ثاني الشهيدين من عدم صراحة الأمر في الإنشاء . وعدم النص .

وبالجملة كلام الجميع في المقام غير تام ، كما لا يخفى على من تفضل الله عليه في أحكامه بنوع من الالهام ، بل مما ذكرنا يظهر لك النظر في مواضع اُخر لم يذكرها في مصابيح العلامة الطباطبائي و غيرها هذا .

وفي القواعد «لو قال : استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط مدّة كذا بنصف حاصله لم يصح ، على إشكال ينشأ من اشتراط العلم بالأجرة إذا قصدت ، أما إذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا » والظاهر أنّ مراده الاشكال في عدم صحة هذا القول حال عدم العلم بحال قائله ، من جهة احتمال إرادته المساقاة بلفظ آجرتك ، و حينئذ يكون صحيحاً لعدم اعتبار العلم بالعوض فيها ، وظاهره حينئذٍ جواز عقد المساقاة بالمجاز مع قرينة ، وهو مؤيّد لما ذكرناه سابقاً .

نعم الأقوى فيه الفساد حملاً للّفظ على حقيقته ، والصحّة لا تكون قرينة على إرادة

غيره ، وحينئذ يكون إجارة فاسدة لامساقاة صحيحة ، وبذلك يظهر ما في كلام الكركي حيث قال : « إنّه لادلالة لعدم اشتراط العلم مع التّجوز بلفظ الاجارة في المساقاة على صحّة المساقاة بلفظ الاجارة » ثم احتمل في العبارة معنى آخر ، وهو أن يكون قوله ، ولو قال : استأجرتك مراداً به الاجارة ، وقوله أمّا إذا قصدت شرطاً للحكم في ذلك بعدم الصحّة على إشكال ، وقوله ينشأ من اشتراط العلم بالأجرة ، بياناً لأحد وجهي الإشكال مع ترك الآخر لظهوره ، ومعنى قوله إذا تجوّز بلفظها عن غيرها فلا أن الإشكال في عدم الصحّة إذا قصد بالإجارة معناها ، فاذا قصد بها التجوّز في غيرها وهو المساقاة فلا إشكال في عدم الصحّة ، لامتناع المجازات في العقود اللازمة ، فانه كما ترى .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿ هي لازمة كالاجارة﴾ بلا خلاف أجده فيه عندنا ، بل إجماع علمائنا ، وأكثر العامّة على ذلك ، للأصل وعموم قوله تعالى [1] « اوفوا» خلافاً للمحكي عن أحمد في إحدى الروايتين من القول بالجواز ، قياساً على المضاربة ، ولما روي [2] أنّ اليهود لمّا سألوا رسول الله صلى الله عليه وآله أن يقرّهم بخيبر على أن يعمّروها ويكون لرسول الله صلى الله عليه وآله شطر مايخرج منها ، قال لهم: «اقرّكم على ذلك ماشئنا » ، ولوكان لازماً لوجب تحديد المدة ، ولم يجز التقدير بالمشيئة والقياس باطل عندنا ، مع أنه ليس بأولى من قياسها على الإجارة كما أومى إليه المصنف ، والرواية غير ثابتة ، ولو صحت فليس فيها مايدلّ على التقدير في المشيئة في متن العقد ، فيحمل على المراضاة قبله كما عن التذكرة التّصريح به ، أو على اشتراط الخيار في مدّتها متى شاء ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فلا إشكال كما لاخلاف نصاً وفتوىً في أنّ المساقاة ﴿ تصحّ قبل ظهور الثمرة﴾ بل الاجماع بقسميه عليه ، كما أنها لاتصح كذلك بعد ظهورها

(١) سورة المائدة الاية ١ - .

(٢) سنن البيهقي ج ٤ ص ١١٤ .

وكمالها بحيث لم تحتج بعد إلى عمل تزيد به كما أو كيفاً وإن احتاجت إلى عمل كالجذاذ والنقل والحفظ من السارق ونحو ذلك ، لعدم موضوع شرع المساقاة حينئذ ﴿ وهل تصح بعد ظهورها ﴾ مع بقاء عمل كسقي أو حرث وغيرهما مما تزيد به الثمرة كماً اوكيفاً ﴿ فيه تردد ﴾ من أصالة الفساد ـ بعد الشك في تحقق موضوع شرع المساقاة ، لعدم إطلاق أو عموم بالخصوص فيها يتمسك به في تنقيح موردها ، بل قد يشك في تناول [1] « أوفوا بالعقود » [2] « وإلا أن تكون تجارة عن تراض » لذلك، على وجه يقضي بشرعية الفرد المشكوك فيه من العقد المخصوص الذي قد فرض عدم ما يصلح شارعا فيه بالخصوص لجميع أفراده من عموم أو اطلاق ، ضرورة احتمال إرادة بيان اللزوم خاصة من الآية الأولى في العقود المتعارفة ، كاحتمال إرادة بيان شرعية التجارة المعروفة في الخروج عن أكل المال بالباطل ، لأن المراد بيان شرعية كل عقد وكل تجارة على وجه يشمل المقام ، والاجماع إنما هو على شرعية المساقاة في الجملة ، لاكل ما يصدق عليه ذلك ، و صحيح ابن شعيب [3] وقصة خيبر [4] ظاهران فيما قبل الخروج و من أن المفروض أولى بالمشروعية من غير الخارج ، لكونه أبعد عن الغرر بالوثوق بالثمرة ، و لحصول حكمة مشروعية المساقاة و فائدتها في المفروض .

ولعله لذا ﴿و﴾ نحوه كان ﴿الاظهر﴾ عند المصنف وغيره ﴿الجواز بشرط أن يبقى للعامل عمل وإن قل مما تستزاد به الثمرة ﴾ وإن كان لايخفى عليك مافيه بعد الاحاطة بما ذكرناه ، فالأولى والأحوط مع إرادة ذلك الرجوع إلى الصلح أو الاجارة خصوصاً فيما لو كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمرة إلا أنه لاتحصل به زيادة .

---

(١) سورة المائدة الاية ــ ١ .

(٢) سورة النساء الاية ــ ٢٩ .

(٣) الوسائل الباب ــ ١٠ ــ من ابواب احكام المزارعة الحديث ــ ٢ .

(٤) الوسائل الباب ــ ٨ ــ ٩ ــ ١٠ ــ من ابواب احكام المزارعة .

وإن قال في جامع المقاصد : « إن أمكن تحقق هذا الفرض ينبغي القول بالصحة لأنه لم يتحقق تناهي بلوغ الثمرة ، فتحققت الزيادة ، لأن كمال البلوغ ونهاية الإدراك زيادة فيها .

لكن في المسالك بعد أن فرضه في مثل حفظها من فساد الوحش ونحوه قال : « مقتضى القاعدة عدم الجواز » و هو كذلك بعد الاحاطة بما عرفت مما يشكل معه تحقق المساقاة بعد ظهور الثمرة ، وإن حصل بعمله نفسه نمولها في الكم أو الكيف ، فضلاً عن مثل هذا الفرض والله العالم .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿لا تبطل﴾ المساقاة ﴿بموت المساقي ولا بموت العامل على الأشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده التي منها استصحاب صحة العقد و لزومه كغيره من العقود اللازمة التي قد عرفت ذلك في المزارعة منها ، كما أنك قد عرفت الحكم هناك فيما لو كان اشترط عليه العمل بنفسه مع ظهور الثمرة وبعده ، فلاحظ ، فان المسألتين من واد واحد ، مع أنه سيأتي بعض ذلك أيضاً في مسألة ما لو هرب العامل ، خلافاً للمحكي عن الشيخ من البطلان بالموت كالإجارة ، وفيه بعد تسليم ذلك في المقيس عليه أنه غير جائز عندنا .

الفصل الثاني : في ما يساقى عليه

﴿وهو كل أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه﴾ لا نحو البطيخ والباذنجان وقصب السكر والقطن ونحوهما مما هو ملحق بالزرع ، فإن هذه وما شابهها ليست كذلك وإن تعددت اللقطات ، بل وإن بقي القطن أزيد من سنة ، لكن أصول هذه لا بقاء لها غالباً ، واضمحلالها معلوم عادة ، ولا دليل على جواز عقد المساقاة عليها ، إذ ليس هو إلا ما وقع من النبي صلى الله عليه وآله في خيبر [1] وصحيح يعقوب بن شعيب [2] ولا عموم

(١) (٢) الوسائل الباب -٩- و١٠- من ابواب احكام المزارعة .

فيها ، سيّما بالنسبة إلى ذلك و[1] « أوفوا بالعقود » [2] و « إلاّ أن تكون تجارة عن تراض » لايثبت بهما شرعيّة الأفراد المشكوكة من المعاملة المعهودة التي لها أفراد متعارفة ، وإنّما المراد من الأوّل بيان اللّزوم ، و من الثاني عدم أكل المال بالباطل إذا كان بالتجارة المتعارفة ، لاأنّ المراد شرعية كل عقد وكلّ تجارة يقع الاتفاق عليها من المتعاقدين ، كما هو واضح بأدنى تأمّل ، فما عن الشيخ من جواز المساقاة على مايجز مرّة بعد أخرى واضح الضّعف .

وعلى كلّ حال ﴿فـ﴾قدبان لك أنّه ﴿ تصحّ المساقاة على النخل والكرم و﴾ باقي﴿شجر الفواكه ﴾ بل ذلك هو الثابت مما وصل إلينا من نصوص مشروعيتها التي ليست في شيء منها إطلاق يقتضي شرعيّة كل فرد منها ، وقياسها على المزارعة أ﴿و﴾ استنباط حكمها منه لا يخفى عليك مافيه خصوصاً بعد الإحاطة بما ذكرنا .

نعم ﴿فيما لاثمرة له ﴾ من الأشجار ﴿ إذا كان له ورق ينتفع به كالتوت ﴾ بالتاء المثناة ﴿ والحناء على تردد﴾ من كونها من الأشجار ، و غلبة الظن بوجوده في خيبر ، بل في جامع المقاصد كاد يكون معلوماً ، و مساواة الورق لغيره في كونه ثمرة ، وفي بعض الاخبار [3] « أنّ النبيّ ﷺ عامل أهل خيبر بشطر مايخرج من النخل والشجر» ومامن أدوات العموم ـ ومما عرفت من أنّ هذه المعاملة على خلاف الأصل ، وفيها من الغرر ماليس في غيرها ، فالمتّجه الإقتصار فيها على المتيقن ، خصوصاً بعد ماعرفت من عدم الإطلاق .

ولوقيل بالتفصيل بين المساقاة على هذه تبعاً لغيرها من أشجار الفواكه فيجوز ومستقلّة فلايجوز ، لكان وجهاً ، كالتفصيل في التوت بين كونه في بلاد يكون ورقه ثمرة ، وغيرها ، فيجوز في الأوّل دون الثاني كما في بلادنا الان ، والمراد منه الذكر لا

---

(١) سورة المائدة الاية ـ١ .

(٢) سورة النساء الاية ـ٢٩ .

(٣) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٢ .

الانثى الذى له ثمر معلوم والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فقد ظهر لك مماذكرناه أنه ﴿لوساقى على ودي﴾ أي غير المغروس من فسيل النخل أوالصغار ﴿أو﴾ على ﴿شجر غيرثابت لم يصح﴾ بلاخلاف أجده فيه بيننا ﴿اقتصاراً﴾ في المعاملة المخالفة للأصول ﴿على موضع الوفاق﴾ وعلى الثابت من النصوص التي قدعرفت ﴿أمالوساقاه على ودىّ مغروس إلى مدة يحمل مثله فيها غالباً صحّ وإن لم يحمل فيها﴾ قيل : لأنّ مبنى المساقاة على تجويز ظهور الثمرة ، وظنه بحسب العادة ، فإذا حصل المقتضي صحّ ، وإن تخلّف كمالو ساقاه على الشجر الكثير واتفق عدم ثمرة ، بل لاأجرة له على عمله ، لأنه أقدم على ذلك ، بل في المسالك «انه يجب عليه اتمام العمل في باقى المدّة ، وإن علم بالانقطاع قبلها ، ومثله مالو تلفت الثمار كلّها أوأكلها الجراد أوغصبها غاصب ، فإنّه في جميع ذلك يجب على العامل إكمال العمل ، ولاأجرة له وإن تضرر ، كمايجب على عامل القراض انضاض المال وإن ظهر الخسران ، بل هنا أقوى ، للزوم العقد و وجوب العمل ، و احتمل في التذكرة انفساخ العقد لوتلف الثمار بأسرها ، و استشكل الحكم في القراض ، فارقاً بينهما بأنّ المباشر للبيع والشراء في القراض العامل ، فكان عليه انضاض المال ، بخلاف عامل المساقاة ، ويندفع بأنّ المساقاة عقدلازم فلايؤثر فيه تلف العوض ، بخلاف القراض فإذاوجب على عامل القراض مع جوازه ، وكون تغييره للمال باذن المالك ، فهنا أولى .

ويمكن أن يقال : إنّ تلف الثمرة هنايكون كتلف العوض المعين قبل القبض المقتضي للبطلان في البيع ونحوه وفيه نظر .

قلت : لاريب في أنّ الموافق للضوابط الشرعية الانفساخ بعدم خروج الثمرة ، لاعتبار العوض في هذه المعاملة ، وقدانكشف عدمه ، وجواز الإقدام ظاهراً اعتماداًعلى المعتاد لايقتضي الصحة ، فضلاً عن اللزوم بعد الانكشاف ، وليس العوض فيها الثمرة من حيث كونها مظنونة ، بل العوض فيها الحصّة من الثمرة واقعاً ، وعدم بطلان البيع في بعض الصور الخاصّة بعدم خروج الثمرة مع القول به بدليل خاص ، كالتعليل في بعض

النصوص (١) بانه إن لم يخرج في هذه السنة يخرج في السنة الأخرى وغيره ،بل قد يقال: بالبطلان بالتلف السماوي لها بعد الظهور قبل الإدراك ، بناء على أنّ العوض الثمرة مدركة ، وبالجملة لا ينكر أصالة ذلك في عقود المعاوضة التي من المعلوم عدم كون القراض منها ، وإن كان هو شبه المعاوضة في المعنى مع حصول الربح ،لأنّه عقد معاوضة قد لوحظ فيه معنى التعاوض والمقابلة ، ولعله لذا احتمل في التذكرة ماسمعت ، بل في جامع المقاصد - في فرع ذكره في أثناء مسألة ما لو ظهر استحقاق الأصول - «الجزم بعدم وجوب إكمال تمام العمل عليه تمام المدة مع عدم خروج الثمرة » إنّما الكلام في أنه انفساخ من حينه أو انكشاف وجهان : و لعل أولهما هو الظاهر من الحكم بالصحة في المتن وغيره من كتب الأصحاب ، مع احتمال إرادة الحكم بها ظاهراً .

وعلى كل حال فالظاهر عدم استحقاقه الاجرة ، لإقدامه على نحو ذلك اقدام عامل القراض ، مع احتمال الأجرة على الثاني هذا كله فيما يحمل مثله عادة .

﴿و﴾ أما ﴿إن قصرت المدة المشترطة عن ذلك غالباً﴾ عادة ﴿أو كان الاحتمال على السواء لم يصح﴾ لأصالة الفساد ، بعد ماعرفت من عدم إطلاق أو عموم يقتضي الصحة في نحو الفرض ، حتى لو اتفق حصول الثمرة فيها في تلك المدة على خلاف العادة مع فقد الوثوق بالحصول .

نعم لا إشكال في الصحة فيما لو ساقاه مثلاً عشر سنين ، وكانت الثمرة لا تتوقع في العادة إلا في العاشرة ، لصيرورة الثمرة حينئذ فيها مقابلة للعمل في جميع المدة ، ولا يقدح خلوّ غيرها من السنين ، فإنّ المعتبر حصول الثمرة في مجموع المدة ، لا في جميعها كما هو مقتضى السيرة وغيرها والله العالم .

الفصل ﴿ الثالث ﴾

﴿ في المدّة ﴾ ولا خلاف معتد به أجده باعتبارها فيها ﴿ويعتبر فيها﴾ أي المدة

(١) الوسائل الباب ١ ـ من ابواب بيع الثمار ، الحديث ١ ـ ٨ .

﴿شرطان﴾ أحدهما: ﴿أن تكون مقدرةبزمان لايحتمل الزيادة والنقصان﴾ كقدوم الحاج وإدراك الغلة وإن كانت هيالغلة المعامل عليها على المشهور، كمافي المسالك، وقوفاً - فيما خالف الأصل، و احتمال الغرر و الجهالة - على موضع اليقين، واكتفى ابن الجنيد بتقديرها بالثمرة المساقى عليها، نظراً إلى أنّه بالنسبة إلى ثبوته عادة كالمعلوم، ولأنّ المقصود منها هوالعمل إلى إكمالها، ولأنّ العقد مبنيّ علىالغرر والجهالة، فلايقدحان فيه، والأجود الأوّل، و إن كان كلامه لايخلومن وجه، و اعلم أن الاتفاق على تقديرها فيالجملة كماقررناه، و أما تركها رأساً فيبطل العقد قولاً واحداً، ولأنّ عقدالمساقاة لازم كماتقدم، ولامعنى لوجوب الوفاء به[1] [دائماً ولا] إلى مدة غير معلومة، ولاإلى سنة واحدة، لاستحالة الترجيح بلامرجح.

نعم من قال من العامّة بأنّها عقد جائزلايعتبر عنده تعيين المدّة، لانتفاء المحذور الذي ذكرنا.

قلت: مضافاً إلى مافي قصّة خيبر من ظهور ذكر المدة باعتباركون المحكي منها أنّ الواقع قدكان مزارعة ومساقاة بعقد واحد، وعلى كيفية واحدة، وقد عرفت هناك النصوص الدالة على اعتبارالمدة فيالمزارعة، فيكون الواقع منه عليه السلام مذكورا فيه المدة، والأصل عدم مشروعية غيره، مع مافيه و في غيره من إيماء كونهما على كيفية واحدة بالنسبه إلى ذلك وغيره، إلاّ أنّ تلك بحصة من الزرع، و هذه من الشجر والنخل، بل وظهور كونهما بمعنى الإجارة المعلوم فيها إعتبار ذلك.

والانصاف أنّ العمدة الإجماع الذي سمعته، و إلاّ فلزومها لا ينافي عدم اعتبار ذكر المدة فيها، فيكون المساقى له استحقاق فيالثمرة أبدا، ويستحق عليه الأعمال المشروطة او المتعارفة خصوصاً وصحيح يعقوب بنشعيب[2] الذي هودليل مشروعية المساقاة مع قصة خيبر خال عن ذكر المدة قال فيه: «سألته - أي الصادق عليه السلام - عن الرجل يعطي الرجل أرضه فيها الرمان والنخل والفاكهة فيقول: اسق هذا من الماء

(١) هكذا فيالنسخ و الظاهر زيادة «دائماً ولا».

(٢) الوسائل الباب -٩- من ابواب أحكام المزارعة الحديث- ٢.

واعمره ولك نصف ماخرج ، قال : لابأس» بل لعلّ ذلك هو الظاهر من الاسكافي لاماحكاه هو وغيره عنه ، فإنّ الذى عثرنا عليه من كلامه في المختلف أنه قال : «ولا بأس بمساقاة النخل وماشاكله سنة وأكثر من ذلك إذا حصرت المدة أو لم تحصر» ، فإن مراده نفي البأس في المساقاة عن السنة والأكثر مع ذكر المدة ، وعنها مع عدم ذكر مدة اصلاً ، ولا تعرض فيه لبلوغ ثمرة وغيرها ، فيمكن قوله بلزومها والاستحقاق دائماً وأبداً مع عدم حصر المدّة ، إلاّ أن يكون هناك تعارف ينزله على سنة العقد خاصة .

نعم لا اشكال بل ولا خلاف معتدّ به باعتبار تقديرها مع التعرض لها بما لا يحتمل الزيادة والنقصان ، كما في كلّ عقد جيء بها فيه ، من غير فرق بين ما كانت معتبرة في صحته كالاجارة ، وبين غيره كمهر النكاح وثمن البيع ونحوهما فتأمل جيداً .

﴿و﴾ على كل حال فالشرط الثاني ﴿ أن تكون﴾ المدة المذكورة في المساقاة ﴿مما تحصل فيه الثمرة غالباً﴾ و إن قلّت كما إذا ساقاه في آخر العمل بحيث يبقى منه يسير مما فيه مستزاد للثمرة يكفى فيه الشهر مثلاً ، وعلى هذا المدار في جانب القلة ، وقد تقدم في المزارعة البحث فيما دون ذلك ، مع امكان دعوى الفرق بين المقام وبينها وبين الاجارة للزّرع ، بالقول أنّ الثابت من شرعيتها ذلك دون غيره ، مع عدم إطلاق أو عموم يقتضيه بخلافه فيهما ، أما الكثرة فلا حدّ لها عندنا ، خلافاً للشافعي حيث شرط أن لا تزيد على ثلاثين سنة ، وهو تحكم .

وقد تقدم الكلام أيضاً في المزارعة فيما لو فرض اتفاق قصور المدة عن الادراك على غير الأسباب العادية فلاحظ و تامل ، بل منه يعلم الحال أيضاً فيما لو اتفق عدم خروج الثمرة أصلاً في المدة الذى قد صرح بعضهم فيه هنا بأنّه لا شيء له ، لاأجرة مثل ولا غيرها ، حتى لو خرجت الثمرة بعد المدة على غير المتعارف والله العالم .

الفصل * الرابع

العمل * الذي لا يعتبر فيه أن يكون سقياً و إن كان قد يتوهم من لفظ المساقاة المراد منها الأعم من ذلك و من غيره ، فيجوز عقدها حينئذ على مالاحاجة إلى السقي كما قدصرح به غيرواحد نعم قد ذكر غيرواحد من العامة *(و)* الخاصة أن * اطلاق المساقاة يقتضي قيام العامل * بكل ما يتكرر كل سنة * بما فيه زيادة النماء * في الكم أوالكيف * من الرفق * بحرث الأرض و حفرها المحتاج إليه ، و ما يتوقف عليه من الالات و العوامل من البقرة و خشبة الحرث و السكة و المساحي و نحو ذلك ، بل في جامع المقاصد : لا نعلم في وجوب ذلك خلافاً هنا و في المزارعة ، * و اصلاح الا جاجين * أي الحفر التي يقف الماء فيها في أصول الشجر * و إزالة الحشيش المضر بالأصول وتهذيب الجرايد * بقطع مايحتاج إلى القطع منها ، وكذا زياد الكرم و تهذيب الشجر من غيرفرق في ذلك بين الجزء اليابس وغيره * و السقي) و مقدماته المتكررة في سنة كالدلو و الرشا و اصلاح طريق الماء و تنقيتها من الحمأة و نحوها ، و استقاء الماء و فتح رأس الساقية و سدها عند الفراغ على ما تقتضيه الحاجة * و التلقيح و العمل بالناضح و تعديل الثمرة * بازالة ما يضر بها من الاغصان و الورق ليصل إليها الهواء و ما تحتاج إليه من الشمس ، و ليتيسر قطعها عند الادراك ، و وضع الحشيش و نحوه فوق العناقيد صوناً لها عن الشمس المضرة بها و رفعها عن الارض كذلك ، * و اللقاط * للثمرة بحسب نوعها و وقتها مما يؤخذ للزبيب ، يقطعه عند حلاوته في الوقت الصالح له ، و ما يعمل دبساً فكذلك ، و ما يؤخذ يابساً فعند يبسه * و إصلاح موضع التشميس * المحتاج اليه * و نقل الثمرة اليه * و تقليبها فيه * و حفظها * على أصولها *(و)* في بيدرها ، و طريق إيصالها إلى المالك إن لم يكن هو المتولي إلى غير ذلك مما ذكروه بالنسبة إلى العامل ، كما أنهم قد ذكروا أيضاً أن إطلاقها أيضاً يقتضي * قيام صاحب الاصل

ببناء الجدار و عمل ما يستقى به من دولاب أو دالية و إنشاء النهر ﴾ و البئر و نحو ذلك ممّا لا يتكرّر في كل سنة فإنه الضابط فيه أيضاً و إن عرض له التكرّر في بعض الاحوال .

نعم في القواعد « في البقر التي تدير الدولاب تردد » و لعله من أنها مال لاعمل، ولا يتكرر كلّ سنة ، و من أنها تراد للعمل ، فأشبه بقر الحرث ، و لأنّ الادارة واجبة على العامل ، فتجب مقدّمته ، وعن الشيخ و الفاضل في المختلف الأوّل ، وعن ابن ادريس الثاني ، و توقف فيه في جامع المقاصد .

﴿و﴾ كذا الكلام في ﴿ الكش للتلقيح و ﴾ نحوه فانّه ﴿ قيل ﴾ كما عن ابن ادريس ﴿ : يلزم ذلك العامل وهو حسن ﴾ عند المصنف ﴿لأنّ به يتمّ التلقيح ﴾ و قيل : على المالك كما عن الاكثر لأنه ليس من العمل ، و إنما هو من الأعيان التي تصرف إلى مصلحة الثمرة ، وكذا تردّدوا في بناء ثلم الجدران و وضع الشوك عليه في أنّه على المالك ، أوعلى العامل ، إلى غير ذلك من كلماتهم التي قد يشكل الفرق فيها بين عوامل الحرث وعوامل الاستقاء ، بل بينها وبين الكش أيضا ، فانّ الجميع مال من العامل بل قد يشكل الحكم بوجوب مالا مدخلية له في زيادة الثمرة ولا في اصلاحها كالحفظ و النقل و نحوهما .

و أما ما ذكروه من الضابطين فلا أثر له في شيء من الأدلة ، فالمتجه حينئذ الرّجوع في مثل ذلك إلى المتعارف في اطلاق عقد المساقاة مما يجب على العامل و المالك .

و أما غيره فيتبع الشرط ، و إلاّ كان عليهما إذا أراداه ، لأن المال مشترك بينهما ، أو أنّ الأصل فيه وجوبه على العامل، لنحو ما سمعته في المزارعة من صحيح يعقوب بن شعيب (١) عن أبيعبدالله عليه السلام الذى فيه « سألته عن المزارعة فقال : النفقة منك ، و الأرض لصاحبها فما أخرج الله من شيء قسّم على الشطر ، و كذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر حين أتوه ، فأعطاهم إياها على أن يعمروها ، و لهم النصف

(١) الوسائل الباب ـ ١٠ من ابواب احكام المزارعة الحديث ـ ٢ .

ممّا أخرجت » فإنّ ظاهر تشبيهه عليه السلام يقتضي كون وضع المساقاة على الوجه المزبور، فليس على المالك حينئذٍ إلّا دفع الأُصول، كما أنّه ليس على المزارع إلّا دفع الارض، أللّهم إلّا أن يكون هناك تعارف أو شرط .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿لو شرط﴾ المالك ﴿شيئاً من ذلك﴾ ممّا عليه مع الإطلاق أو جميعه ﴿على العامل صحّ بعد أن يكون معلوماً﴾ على وجه يرتفع معه الغرر المنافي للعقد، لعموم [1] « المؤمنون عند شروطهم » .

﴿و﴾ أما ﴿ لو شرط العامل على ربّ الأُصول﴾ جميع ﴿عمل العامل له بطلت المساقاة، لأنّ الفائدة لا تستحق إلا بالعمل﴾ و لعدم ما يدل على صحتها على هذا الوجه، بل الظاهر من الثابت منها اعتبار ماله مدخليّة في زيادة الثمرة أو صلاحها من العمل في استحقاق الحصّة .

﴿و﴾ من هنا ﴿لو أبقى العامل﴾ عليه ﴿شيئاً من عمله﴾ الذى له المدخلية المزبورة ﴿في مقابلة الحصّة من الفائدة و شرط الباقي على ربّ الأُصول جاز﴾ للعموم المذكور، خلافاً للمحكي عن المبسوط من عدم الجواز معللاً له بأنه خلاف وضع المساقاة، وهو ممنوع مع أنه منقوض لما اعترف بجوازه فيما سيأتي، من اشتراط عمل غلام المالك معه الذي هو بمنزلة عمله .

نعم لو أبقى العامل ما لا تحصل به مستزاد الثمرة كالحفظ لم يصحّ، لمنافاته وضع المساقاة الثابت من الشرع، كما لو ساقاه و قد بقي من العمل ذلك، لكن لو أرادا ذلك و جعلاه معقد الاجارة مثلاً جاز .

فتحصّل مما ذكرناه أنه مع الشرط يعمل عليه إلّا إذا كان منافياً لمقتضى العقد، إلّا أن هذا كلّه في اشتراط المخالف لمقتضى الاطلاق، أما إذا شرط ما اقتضاه كان تأكيداً، و لو شرط بعضه كان تأكيداً له، بل ربما كان له ثمرة من حيث الاشتراط، و وجب الإتيان بالباقي الذى تقتضيه الإطلاق، اللّهم إلّا أن يفهم من نفس الاشتراط

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ من ابواب المهور الحديث ـ ٤ .

او من قرينة أخرى إرادة عدم الالتزام بغير المشروط هذا .

و في جامع المقاصد « أنّه متى أخلّ العامل بالعمل المشروط عليه تخير المالك بين فسخ العقد ، و التزامه بأجرة مثل العمل ، نص عليه في التحرير ، فإن فسخ قبل عمل شيء فلاشيء له ، و إن كان بعده قبل الظهور فالأجرة له ، و إن كان بعد ظهور الثمرة ، فكذلك قضيّة للاشتراط ، ولو أخلّ بالأعمال الواجبة مع الأطلاق أو ببعضها فعلى ما سبق في الإجارة يتجه أن للمالك الفسخ في الجميع ، و هل يضمن له أجرة مثل ما عمل ، يحتمل ذلك ، و يحتمل العدم ، و في البعض إن أتى بشيء و له الإلزام بالأجرة ، ولم أظفر بتصريح في ذلك يعتدّ به ، ونحوه في المسالك مع زيادة أنّه لوحصل على الأرض نقص بسبب التقصير لزمه الأرش ، والظاهر أنّ الثمرة كذلك .

قلت : لا يخفى عليك ما في الزام العامل بأجرة مثل العمل المشروط مع فرض فوات محلّه ، وكذا في صورة الاطلاق ، وفي صورة اشتراط العامل على المالك ، وصورة الأطلاق بالنسبة إليه ، فإنّ جميع ذلك مبنيّ على تمليك الشرط العمل المشروط لمن له على وجه يكون من أمواله ، وهو ممنوع ، فإن أقصاه التزام من عليه الشرط بالعمل ، و اجباره عليه والتسلط على الخيار بعدم الوفاء به ، لاكونه مالاً له ، خصوصاً مع اشتراكهما في فائدة الشرط كماهنا .

بل لا يخفى عليك أيضاً محلّ النظر في غير ذلك من الكلام المزبور ، حتى ما في المسالك من ضمان النقص الحاصل في الثمرة و في الأرض بعدم فعل الشرط ، و مااقتضاه الإطلاق مع دفع أجرة المثل القائمة مقام العمل ، و حينئذ فالمتّجه عدم اختصاص المالك بها ، ضرورة كونها عوض العمل الذي يعود نفعه إليهما ، فلابدّ من ملاحظة ما يخصّه منه ، إمّا بمراعاة نسبة حصّة العامل إلى حصّته أو بغير ذلك ، كما أن أرش نقصان الثمرة لا يختص به ، لكونها مشتركة بينهما ، بل يقتصر على أرش حصته ، نحوما سمعته في المزارعة ، فيتجه حينئذ الإستغناء بذلك عن أجرة مثل العمل، فتأمّل جيّداً . فإن المسألة محتاجة إلى تنقيح .

﴿و﴾ كيف كان فقد بان لك مما ذكرناه أنه ﴿ لو شرط ﴾ العامل ﴿ أن يعمل

غلام المالك معه جاز ﴾ لأنّه أولى من عمل المالك معه ، و ﴿ لانّه ﴾ في الحقيقة ﴿ ضم مال إلى مال ﴾ نحو اشتراط عامل القراض على المالك دفع راحلته مثلاً لحمل مال القراض ، نعم لو شرط عليه قيام غلامه بجميع العمل كانت المساقاة باطلة .

﴿ أمّا لو شرط أن يعمل الغلام لخاصّ العامل ﴾ بمعنى عمله في الملك المختصّ بالعامل ﴿ لم يجز ﴾ عند الشافعي لصيرورة عمل الغلام حينئذٍ مقابلة لعمله ، فتصير الفائدة له بلا عمل ﴿و﴾ لكن ﴿ فيه تردد ﴾ من ذلك ومن عدم منافاة ذلك للمساقاة إذ هو شرط خارج عنها ﴿و﴾ من هنا كان ﴿ الجواز أشبه ﴾ بأصول المذهب و قواعده.

و عن فخر المحققين أنّ المراد بما في العبارة اشتراط كون عمل الغلام العامل يختص به ، وردّه في جامع المقاصد بأنه حينئذٍ لم يحتج إلى قوله «لخاصّ العامل» ، بل كان يكفي عنه قوله « للعامل » ، على أنه لا محصل له فإنّ عمل غلام المالك في بستان المالك كيف يشترط كونه للعامل ، و كيف يشترط مال شخص لآخر ، و أي فائدة لهذا الشرط .

قلت : قد يريد الفخر أنّ عمل الغلام للعامل بمعنى كونه قائماً مقامه في العمل عنه ، على وجه لو لم يعمل العامل و عمل الغلام وحده كان جائزا ، و حينئذٍ يكون وجه البطلان واضحاً ، ولعلّ قول المصنف أن الجواز حينئذٍ أشبه ، لأن الفرض كون عمل الغلام معه ، فلا يقدح كون عمل الغلام له ، على معنى أنه لو كان له حصّة كان للعامل ، لا للمالك ، إذ هو لا يزيد على عمل المالك معه ، فتأمّل جيّداً و الله العالم .

﴿ وكذا ﴾ في كون الجواز أشبه باصول المذهب و قواعده ﴿ لو شرط ﴾ العامل ﴿ على المالك ﴾ مثلاً ﴿ أجرة الاجراء ﴾ الذين يعينونه على العمل مع فرض كونها معيّنة ﴿ أو شرط خروج أجرتهم صحّ منهما ﴾ معاً إذا كان مع ذلك للعامل عمل مقابل الحصّة من الفائدة ، خلافاً للمحكي عن الشيخ من البطلان ، لمنافاته موضوع المساقاة الّذي هو ليس إلا دفع الاصول من المالك ، و فيه منع واضح ، ضرورة عدمها يدلّ على اعتبار ذلك حتى بالشرط و نحوه .

و أمّا تفسير العبارة و ما شابهها بأنّ المراد اشتراط العامل على المالك الأجرة

على جميع العمل ، على وجه لا يبقى للعامل إلاّ الاستعمال و السمسرة ، ففيه : إنّ المتجه في مثله الفساد ، لا الجواز ، ضرورة عدم ما يدلّ على الصّحة بعد أن كان مثل ذلك خارجاً عن عمل المساقاة المعتاد ، و دعوى كونه عملاً تدعو الحاجة إليه ، فإن المالك قد لا يهتدى الى الدّهقنة و استعمال الاجراء ، ولا يجد من يباشر الأعمال أولا يأتمنه ، فيحتاج إلى مساقاة من يعرف ذلك، لينوب عنه في الإستعمال كماترى .

نعم لابأس باشتراط العامل ذلك على أن تكون الأجرة منه بمعنى اشتراط عدم مباشرة العامل ، فإنّ ذلك لايمنع صحة المساقاة حتّى مع اشتراط عمل المالك بأجرة منه عنه ، فضلاً عن غيره ، ضرورة عدم اشتراط المباشرة في المساقاة . و الله العالم .

الفصل * الخامس

في الفائدة)*

أى الثمرة *(و)* لاخلاف في أنه *(لابد أن يكون للعامل جزء منها مشاعاً)* بينه و بين المالك مساو أو مفاضل على نحو ما سمعته في المزارعة ، لأنّ ذلك هو الثابت من مشروعيتها دون غيره ، *(فلو أضرب عن ذكر الحصّة بطلت المساقاة)* حينئذ قطعاً *(وكذا لوشرط أحدهما الإنفراد بالثمرة)* مطلقا أوسنة *(لم تصح المساقاة)* التى هي خلاف الأصل المقتصر فيما ينافيه على المتيقن ، وليس ذلك منه ، بلا خلاف *(و)* لا إشكال ، بل قضية ما سمعته سابقاً في المزارعة من جماعة أنه كذلك تبطل المساقاة *(لو شرط لنفسه شيئاً معيّناً ومازاد بينهما)* .

بل *(وكذا لو قدّر لنفسه أرطالا)* معلومة *(و للعامل ما فضل ، أو عكس بل *(وكذا لوجعل حصّة ثمرة نخلات بعينها)* له *(و للآخر ماعداها)* الى غير ذلك مما ينافي الإشاعة في مجموع الفائدة الحاصلة من الاصول التي وقع عقد المساقاة عليها ، الذى صرّح في المسالك باعتباره هناك . و إلا لأمكن خلوّ أحدهما عنها مع عدم حصول غير المعيّن ، لكن قد عرفت البحث فيه سابقاً على وجه لايخفى

عليك جريانه في المقام ، بناء على اتحاد المزارعة و المساقاة بالنسبة إلى ذلك .

نعم يمكن الفرق بينهما بأنّ في النصوص السّابقة هناك ما ينافي اعتباره بالمعنى المذكور بخلافه هنا ، فانّه ليس في أدلة مشروعيتها إلاّ الإشاعة في الجميع عدا قوله تعالى [1] « اوفوا » [2] و « إلاّ أن تكون تجارة عن تراض » وقد عرفت سابقاً الاشكال في اثبات شرعيّة الفرد المشكوك فيه من المعاملة المتعارفة المعلوم شرعية غيره من أفرادها ، أللهم إلّا أن يؤخذ على طريق الشرطية كي يستدلّ حينئذ على مشروعيته بأدلة الشرائط ، لاعلى وجه الجزئيّة في عقد المساقاة كما أومأنا إليه في المزارعة فلاحظ و تأمّل .

وكيف كان فلا خلاف ﴿و﴾ لا اشكال في أنه ﴿ يجوز أن يفرد كلّ نوع بحصّة مخالفة للحصة من النوع الاخر ﴾ كالنصف من ثمرة النخل ، والربع من الكرم مثلا لعدم منافاته للاشاعة في مجموع الفائدة ، لكن ﴿ إذا كان العامل عالماً بمقدار كلّ نوع ﴾ من النوعين حذراً من الغرر والجهالة ، فان المشروط فيه أقلّ الأمرين قد يكون أكثر الجنسين .

لكن لا يخفى عليك تحقق الجهالة أيضاً مع عدم إفراد كلّ نوع بحصة ، بل كانت في الجميع متّحدة ، فما عساه يظهر من العبارة من اختصاص اشتراط ذلك في صورة الإفراد خاصّة لايخلو من نظر ، أللهمّ إلاّ أن يدّعى باستفادة اغتفار الجهالة في الثاني ، دون الأوّل من الأدلة ، إلا أنّه كما ترى ، أو يقال ، إنّ الجهل الناشي من الافراد غير الجهل ، بأصل الحديقة ، فقد يعلم بها من حيث المساقاة عليها بالنصف من حاصلها أجمع ، وإن لم يعلم مقدار كلّ نوع منها ، بخلاف مالو أفرد كلّ نوع بحصّة مخالفة للحصّة من الآخر فتأمّل فإنّه لايخلو من دقة والله العالم .

﴿ ولو شرط مع الحصّة من النماء ﴾ ملك ﴿ حصّة من الأصل الثابت لم يصح لأن ﴾ الثابت من ﴿ مقتضى المساقاة جعل الحصّة من الفائدة ﴾ خاصّة دون غيرها

(١) سورة المائدة الاية ـ١
(٢) سورة النساء الاية ـ ٢٩ـ

نعم لو لم يختر الفسخ رفع أمره إلى الحاكم في تحصيل حقّه ، كما أنه قد يمنع وجوب فعل الصور المزبورة على الحاكم ، وإن ظهر ذلك من عباراتهم ، ضرورة كون قيام الحاكم في هذه الأمور من باب الحسبة و الإحسان الذى لا يجب عليه مراعاته ﴿و﴾ على كلّ حال فقد ذكروا هنا أنّه ﴿ إن تعذّر ﴾ فعل شيء من ﴿ ذلك﴾ الّذي قدّمنا ذكره ، بل ولو لعدم امكان إثبات الحقّ عند الحاكم على ما في المسالك أو لعدم إمكان الوصول اليه ، ﴿كان له الفسخ لتعذر العمل ﴾ حينئذٍ عليه،فينحصر دفع ضرره بذلك .

﴿ ولو لم يفسخ و تعذر الوصول إلى الحاكم﴾ ولو على الوجه المزبور ﴿كان له أن يشهد أنّه يستأجر عنه و ﴾ حينئذ له أن ﴿ يرجع عليه ﴾ لكونه كالحاكم في الولاية عنه بالنسبة إلى ذلك [1] إذ « المؤمنون بعضهم أولياء بعض » لكن ﴿ على تردّد ﴾ مما عرفت ، ومن الشك في ثبوت الولاية له على الوجه المزبور في هذا الحال .

﴿و﴾ على كلّ حال ﴿ لو لم يشهد لم يرجع ﴾ إذا أنكره العامل ، للاصل والفرض عدم البيّنة على الاستيجار عنه ، بل لعلّ ظاهر العبارة عدم الرجوع حتّى لو صدقه العامل ، بل وحتى لو كان الإشهاد متعذراً لكونه أي الإشهاد حينئذ بمنزلة الحاكم ، بل في المسالك أنّه أحد الأقوال في المسأله ، والثاني : لايرجع مع التمكن منه ، والثالث : الرجوع مطلقا ، وأشكله تبعاً للكركي بأنّه لا مدخليّة للإشهاد في ثبوت الحق في نفسه ، ولو لإرادة المقاصّة ، و إنّما أقصاه توقف الإثبات عليه ، لا الثبوت .

ومن هنا كان الأقوى الثالث ، بل احتمل قبول قوله بيمينه ، لأنّ الأصل عدم تبرّع الإنسان بعمل يحصل فيه غرامة عن الغير ، وإن كان هو كما ترى ، ضرورة عدم كون ذلك أصلا أصيلاً .

نعم قد يقال بذلك ، بناء على ثبوت ولايته عنه في ذلك في هذا الحال ، لما عرفت كما أنّه قد يقال : إنّ مراد المصنف بالاشهاد الذى جزم بعدم الرجوع مع عدم

(١) سورة التوبة الآية - ٧١ .

احضار عدول المؤمنين على ذلك ، لأنّ الولاية لهم مع عدم الحاكم ، بل قد ذكرنا في غير المقام ، إمكان ثبوت أمثال هذه الولايات التي هي من الحسب و الإحسان لفساق المؤمنين مع تعذّر العدول ، فلاحظ و تأمّل ، هذا كلّه في العامل غير المعين .

أمّا هو فالمتّجه ثبوت الخيار بمجرّد تعذّر مباشرته وإن وجد المتبرّع ، بل لو تبرّع عنه متبرّع لم يقع العمل له ، ولم يستحقّ بذلك الحصّة و إن قصد اتمام العمل عنه ، بخلاف غير المعيّن ، فإنّ الظاهر كونه على حصّته مع اتمام المتبرع و إن لم يقصد العمل عنه ، لأنّ عقد المساقاة ملّكه الحصة مع حصول العمل منه أومن غيره ، كما لو استغنى بماء المطر عن السقي ، كما صرّح بذلك في جامع المقاصد .

لكن قد يناقش في الثاني بعدم استحقاقه الحصة التي هي عوض العمل منه أو عنه ، فأمّا إذا لم يكن منه ولا عنه لم يستحقّها ، نحو من استأجر على عمل فاتّفق حصوله من غيره لا بقصد النيابة عنه .

وتدفع بأنّ عقد المساقاة اقتضى كون العمل في ذمته ، فمتى وقع كان عنه وله، لعدم تصوّر كونه عمّن ليس في ذمّته ، على أنّ المساقاة لاريب في بقائها على الصحّة التي معناها ترتّب الأثر الذي هو ملك الحصّة ، وتكليف العامل بأجرة المثل للمالك مع حصول العمل له تامّاً لاوجه له ، فلس حينئذٍ إلاّ ما ذكرنا .

لكنّ الإنصاف مع ذلك كلّه عدم خلو الحكم عن اشكال ، باعتبار عدم ظهور الفرق بينه و بين من استوجر على عمل فاتفق حصوله من غيره ، كقلع الغرس فانقلع لنفسه ، وكالإستيجار على ازالة قمامة فاتّفق اطارة الريح لها ، ونحو ذلك ، واحتمال الإلتزام بالأجرة فيها صعب .

أللهمّ إلاّ أن يقال : إنّ وضع المساقاة و المزارعة و مشروعيتهما على ذلك ، فإنّ المراد حصول الزرع و الثمرة الصالحة كمّاً وكيفاً ، فمع احتياج ذلك إلى العمل فعله العامل ، وإن استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط عنه ، و استحقّ حصّته بخلاف الإجارة ، فإنّ المراد منها مقابلة العوض بالعمل منه أو عنه و الله العالم .

المسألة ﴿ السادسة : إذا ادّعى ﴾ المالك ﴿ أنّ العامل خان أو سرق ، أو

أتلف أو فرّط فتلف ﴾ أو نحو ذلك ﴿ و أنكر ﴾ العامل ﴿ ف ﴾ لا ريب في أنّ ﴿ القول قوله ﴾ أي العامل ﴿ مع يمينه ﴾ لأنه منكر بموافقته للأصل سواء كان أميناله أم لا .

نعم ضمانه بالتفريط يتوقّف على أمانته ، فلا تتوجه الدعوى به إلاّ في صورة كونه أميناً له ، و على كلّ حال فالقول قوله أيضاً في عدمه ، للاصل ، وكان ظاهر المتن وغيره سماع الدعوى بذلك مع الجهل بالمقدار ، لعموم قوله عليه السلام (١) «البيّنة على المدعي و اليمين على من أنكر » .

لكن في التذكرة « لم تسمع دعواه حتّى يحررها ببيان المقدار » مع أن المحكي عنه في باب القضاء سماع الدعوى المجهولة ، ويأتي انشاء الله التحقيق في ذلك .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ بتقدير ثبوت الخيانة ﴾ بالبيّنة أو بغيرها ﴿ هل ترفع يده أو يستأجر من يكون معه من أصل الثمرة ؟ ﴾ ظاهر المصنّف احتمال الاول ولعلّه لأن اثبات يده على حصته ، يستدعي إثباتها على حصّة المالك التي له دفع يده عنها .

وفيه : منع توقفه على ذلك ، لإمكان وضع المالك أميناً لحفظ ما يرجع إليه معه ، إلاّ أنّي لم أجده قولا لأحد من أصحابنا ، بل ولا غيرهم .

نعم عن المزني يستأجر عليه من يعمل معه ، و في موضع آخر يضمّ إليه أمين يشرف عليه و هو المحكي عن مالك ، و في الإسعاد شرح الإرشاد للشافعيّة يلزمه الحاكم بأجرة مشرف يراقبه ولا تزال يده ، لأنه مستحق للعمل و يمكن استيفاؤه منه بهذا الطّريق ، فتعين جمعا بين الحقّين .

و ﴿ الوجه ﴾ المطابق لأصولنا ﴿ أن يده لا ترفع عن حصته من الربح ﴾ أي الثمرة لعموم (٢) « تسلّط الناس على أموالها » ﴿ و ﴾ لكن ﴿ للمالك رفع يده عمّا

(١) الوسائل الباب ــ ٢٥ من ابواب احكام الدعوى المستدرك ج ٣ ص ١٩٩ .

(٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ .

عداه ﴾ بل له أيضاً ذلك مع عدم الخيانة ﴿و﴾ حينئذٍ ف ﴿ لو ضمّ ﴾ أي ﴿ المالك اليه أميناً ﴾ لحفظ ما يرجع اليه ﴿ كانت أجرته على المالك خاصة ﴾ كما في القواعد و التذكرة و جامع المقاصد و المسالك ، لرجوع مصلحته اليه .

لكن قد يشكل مع فرض كون الحفظ على العامل ، بأنه من الأعمال الواجبة عليه الذي يتجه الإستيجار عليه ، مع فرض عدم قيامه به ، وقد يدفع بمنع كون ذلك من عمل المساقاة ، و إن وجب الحفظ عليه إذا كان أمانة في يده ، و إن سلم فالمراد به الحفظ من الغير ، و أما الحفظ منه فهو من تحريم الخيانة و السرقة ، لا من حيث المساقاة ، على أنه بثبوت الخيانة منه في الجملة لا دليل على عدم قبول الحفظ منه مع بذله له .

وعلى كلّ حال فلو لم يمكن الحفظ منه ولو مع الحافظ ففي القواعد « الأقرب رفع يده من الثمرة ، و الزامه بأجرة عامل » و اختاره في المسالك ، و لعلّ الاوّل ، لأن للمالك أن يحفظ ماله قطعاً ولا يتم إلا برفع يد العامل ، لأنه الفرض ، والثاني أن العمل واجب عليه وقد تعذر فعله بنفسه ، فيكون كمالو هرب ، مضافاً إلى قاعدة الضرر ، و حينئذٍ يتجه الفسخ مع التعيين ، و مع غيره إذا لم يمكن الاستيجار عنه على حسب ما سمعته في الهارب ، كما صرّح به الشهيد في حواشي القواعد ، و هو الذي صرّح به في الاسعاد و الارشاد من كتب الشافعية .

لكن قد يناقش بما في جامع المقاصد من أنّ الحق الثابت لشخص إذا كان لا يتم إلا باسقاط حق شخص آخر و ازالة يده عن ملكه ، فلا دليل على سقوط ذلك و ازالة يده ، و بعدم تعذّر العمل منه لان مجرّد الخيانة غير كاف في ذلك ، بل لو جوّزنا رفع يده عن الجميع بسببها أمكن أن يقال : إنّ التعذّر حينئذٍ بسبب المالك ، فلا يجب على العامل شيء ، و لذا قال في جامع المقاصد : للتوقّف في الموضعين مجال ، و هو في محله و الله العالم .

المسألة ﴿ السابعة : إذا ساقاه على أصول ﴾ جاهلاً بحالها ﴿ فبانت ﴾ بأحد الطرق الشرعية أنها ﴿ مستحقة بطلت المساقاة ﴾ مع عدم إجازة المالك ، ﴿ و ﴾

لاريب في أنّ ﴿ الثمرة للمستحق ﴾ لأنها نماء ملكه ، و لم يحصل ما يقتضي نقلها عنه ، ﴿ و للعامل الأجرة على المساقي ﴾ الذى هو غارّ له ، بدفع عوض لم يسلم له عن عمله ﴿ لا على المستحق ﴾ .

نعم لو كان عالما بالحال لم يرجع بناء على عدم غروره مع علمه، بل هو إقدام منه على ذلك ، و الفرق - بين ظهور استحقاق الثمرة و بين عدم خروجها أو هلاكها حيث تثبت أجرة للعامل في الاول ، دون الثاني أن الاستحقاق يوجب فساد العقد . حيث لم يخبر المالك ، و أصالة احترام عمل المسلم بعد فساد العقد تقتضي الرّجوع إلى الأجرة على حسب ما عرفته سابقاً ، بخلاف هلاك الثمرة و عدم خروجها و ما شاكلهما ، فانّ العقد معهما صحيح ، فلا يستحق العامل سوى الحصّة و إن فاتت ، لأن ذلك مقتضى عقد المساقاة على تقدير صحّته ، ولاينافي ذلك ما ذكرناه سابقاً من الانفساخ بذلك ، فانه انفساخ من حينه ، للاكتفاء في الصّحة بالاستعداد المزبور حتى يتبيّن الحال ، بل لو قلنا بالانفساخ من أصل العقد أمكن الفرق بين ما بناء المساقاة عليه من أمثال هذه الأمور ، و بين الاستحقاق ، و نحوه من الأمور المقتضية لفساده فتأمّل و الله العالم .

و على كلّ حال فمع وجود الثمرة و بقاؤها عنده دفعت إلى مستحقها ﴿ ولو اقتسماها ﴾ مثلاأي الثمرة ﴿ وتلفت كان للمالك الرجوع على الغاصب بدرك الجميع ﴾ بناء على أنّ غصبه العين يقتضي ثبوت يده على ثمرتها ، و إن كان قد نقلها عنه ، لكن ذلك من يده عليها .

﴿و﴾ لكن ﴿ يرجع الغاصب على العامل بما حصل له ﴾ من الحصّة التي بان عدم استحقاقه إياها ، فهو ضامن لها لمستحقها ، لعموم [1] « من أتلف » و الفرض أنّ يده عليها كانت يد ضمان ، لأنها عوض العمل ﴿و﴾ لذا كان ﴿ للعامل على الغاصب أجرة عمله ﴾ كما عرفت لأنها يد مجّان بغرور من الغاصب فهو في الحقيقة الضامن

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار .

لها ، لأنّ التلف قد كان في يده ، و إن جاز للمالك مطالبة الغاصب بالأداء عنه بسبب غصبه ، و ليس هو في ذمّته ، إذ لا وجه بشغل ذمتين بمال واحد ولو على البدل فمع فرض دفع العوض عنها له صارت له ، لعدم ملك المالك العوض والمعوّض ، وعدم استحقاق لها و ليس هو من التبرّع بوفاء الدين ، كي تبرء ذمة العامل ، ولا يستحق الغاصب الرجوع عليه ، بل هو من التكليف الشرعى للغاصب بالأداء عن العامل مع مطالبة المالك ، و ذلك يقوم مقام الإذن ممن عليه الحق بالأداء .

و بالجملة هو من المعاوضات الشرعيّة المستقلّة بنفسها التى لا تدخل في صلح عقدي أو حوالة أو نحوهما ، و لعلّ دليل ذلك الإجماع منهم، كما يظهر من إرسالهم إرسال المسلّمات، ولو لاه لأشكل رجوع الغاصب عليه بعد براءة ذمّته من مال المالك بالدفع عنه من الغاصب ، ولو للخطاب الشرعى اذ انتقال المال الذي قد كان فى ذمته للمالك للغاصب يحتاج إلى ناقل من النواقل المعهودة ، والفرض عدمه ، فليس حينئذ إلا المعاوضة الشرعيّة .

و كيف كان فلا يخفى أن ذلك كلّه مقيّد بما إذا لم يبق الغاصب ظاهراً مقراً على دعوى الملكية ، و إلاّ لم يكن له الرجوع على العامل ، مؤاخذة له باقراره و اعترافه بكونه مظلوما بأخذ المالك منه ذلك ، والمظلوم لا يظلم غيره كما أنّ رجوع العامل بالأجرة مقيّد بنحو ذلك ، و الاّ لم يصحّ له الرجوع بعد اعترافه بخطأ البيّنة ، وأن الغاصب ظاهراً هو المالك، فهو حينئذ مالك للحصة و إن ظلم و أخذت منه ، لكن لا يظلم غيره لما عرفت ، ولو اختلفا في ذلك جرى على كلّ منهما حكم إقراره و أخذ به ، ولا يلتزم به الاخر كما هو معلوم من القواعد الشرعية .

وعلى كلّ حال فقد بان لك الوجه في أنّ للمالك الرجوع على الغاصب ﴿أو يرجع على كلّ واحد منهما بما حصل له ﴾ من الثمرة التي قد تلفت في يده لحصول سبب الضمان من كلّ منهما ، ولا رجوع لأحدهما على الاخر في ذلك إلاّ للعامل بالأجرة مع جهله ، ﴿ وقيل : له ﴾ أيضاً ﴿ الرجوع على العامل بالجميع إن شاء

لأنّ يده عادية ﴾ (١) و « على اليد ما أخذت حتّى تؤدي » ولكن يرجع هو حينئذٍ على الغاصب بما حصل له على نحو ما تقدّم .

﴿والأوّل﴾ أي الاقتصار على الرجوع على الغاصب أوعلى كلّ منهما بحصّته ﴿ أشبه ﴾ بأصول المذهب و قواعده عند المصنّف ﴿ إلاّ بتقدير أن يكون العامل عالما به ﴾ولكن لا يخفى عليك مافيه ،ضرورة عدم مدخليّة الجهل و العلم في صدق ثبوت اليد وعدمه ، إذالعامل من حيث كونه عاملاً إن لم يكن له يد على الثمرة و إنّماهو مراع لها و نائب عن المساقي ، فهو كذلك مع علمه أيضاً ، و إلاّ كان ذا يدٍ في الحالين .

و الظاهر الثاني ، خصوصاً مع كون بعض أعماله كالتلقيح والتركيس ونحوهما متعلقاً بها ، ولكن هذه اليد لاترفع يد المساقي الغاصب أيضاً ، ولذا كان له الرجوع على كلّ منهما بالجميع وبما حصل له ، كما هو واضح بأدنى تأمّل ، فالثاني هو الأشبه ، لا الأوّل ، من غير فرق بين تلفها بالاقتسام أو بآفة أو بغيرهما لانّ المسألة من توارد اليد على العين المغصوبة . والله العالم .

المسألة ﴿ الثامنة : ليس للعامل﴾ غير المعيّن فضلا عنه ﴿ أن يساقي غيره ﴾ بخلاف المزارعة والاجارة ، لا لما أطنب فيه في المسالك تبعاً للمحقق الثاني ممالاحاصل له ، أو مخالف للضوابط الشرعية ، بل﴿ لأنّ المساقاة ﴾ على خلاف القواعد . باعتبار الغرر و الجهالة ، والثابت من الادلّة أنّها ﴿ إنّما تصحّ على أصل مملوك﴾ عيناً أو وكالة أو ولاية ﴿ للمساقي ﴾ دون ما عداه ، إذ ليس في شيء من نصوصها إطلاق يرجع إليه ، و « أوفوا بالعقود » (٢) و « الاّ أن تكون تجارة عن تراض (٣) » لايصلح لاثبات مشروعيّة مثل ذلك ، ولا فرق فيما ذكرنا بين حالي ظهور الثمرة وعدمه .

نعم له الاجارة على القيام بعمله المراد منه ، أو الصلح بشيء من الثمرة أوغيره

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٢ .

(٢) سورة المائدة الآية ــ ١ .

(٣) سورة النساء الآية ــ ٢٩ .

وبذلك و نحوه يظهر لك فساد ما أطنب به في المسالك من الفرق بين المزارعة والمساقاة وغيره ، إذ كون المساقاة معاملة على الاصول . لاتقتضي عدم جوازها من المساقي بعد معلوميّة إرادة سقيها ، و نحو ذلك من المعاملة عليها ، فهي حينئذٍ كالارض في المزارعة والحصّة قد استحقّها بالعقد ، فلا ريب حينئذٍ في أنّه لا مانع من ذلك بحسب القواعد الشرعية او كان هناك مقتض للصحّة من إطلاق و نحوه ، وعلى تقديره فلا محيص عنه كما يحكى عن بعض أفاضل متأخري المتأخرين .

بل لعلّه ظاهر المحكي عن الاسكافي أيضاً في الجملة ، قال : « لو شارك المساقي غيره جاز إذا لم يكن شرط عليه أن يتولى العمل بنفسه ، و كان شريكاً للمساقي بجزء من حصّته لا بجزء من الأصل إذا عملا جميعاً ، فان تفرد المساقي الثاني بالعمل كلّه ، ولم يكن ربّ المال جعل إلى المساقي أن يساقي غيره ولا فوّض ذلك إليه ، لم يكن للمساقي الاوّل أن يأخذ جزء من الغلّة و كان له أجر مثله ، فان عمل فيها جاز » .

لكن فيه أنه لا أجر له مع فرض عدم العمل منه ، بل عليه أجرة المثل للمساقي الثاني لغروره إيّاه ، أللهمّ إلاّ أن يكون بذلك يستحقّ الاجرة على المالك لصيرورة العمل له بأداء الاجرة عنه ، إلا أنّ المتّجه استحقاقه الحصّة لحصول العمل ولو من أجيره ، لا الأجرة ، ولذا قال ابن البراج فيما حكي عنه « إذا دفع إنسان إلى غيره نخلا معاملة هذه السنة بالنصف ، و قال له : إعمل فيه رأيك ، أولم يقل ذلك و دفعه العامل إلى آخر فعامله بعشرين وسقاً مما يخرج من الثمرة ، فعمل على هذا ، كان الخارج بين الأوّل وما لك النّخل نصفين ، و للآخر على الاوّل أجر عمله ، ولو كان الشرط في المعاملة الاولى عشرين وسقا لاحدهما بعينه ، و في الثانية النصف ، كان الخارج لمالك النخل ، وللاخر على الاوّل أجر عمله ، وللاوّل على صاحب النخل أجرة ما عمل الاخر ، ولا ضمان عليه في ذلك ، وكان الوجه بطلان المساقاة ، فالنماء كلّه للمالك ، إلا أنّه على الاوّل أجرة عمل الثاني ، فيستحقّها حينئذ الاوّل على صاحب النخل » .

ولكن في المختلف بعد أن حكى ما سمعت عن ابني الجنيد و البرّاج قال : « و التحقيق أنّ المالك إن أذن للاوّل في مساقاة الثاني صحّت ، وكان الاوّل كالوكيل لاحصّة له في النّماء ، وإن لم يأذن فالثمرة للمالك ، وعليه أجرة المثل للثاني ، ولا شيء للاوّل » .

و فيه أنه لا وجه لوجوبها عليه له ، مع فرض عدم الإذن منه في عمله ، وعدم شيء للأوّل أللّهم إلاّ أنّ يريد لا شيء له في مستقر الأمر ، بمعنى رجوع الثاني على الأوّل ، والأوّل على صاحب النخل ، ففي الحقيقة الأجرة للثاني ، ولا شيء للأوّل فتأمل .

و على كلّ حال فكلامه في خصوص ما سمعته من ابن البرّاج ، لا في أصل المسألة، ضرورة أنه لاوجه للإذن مع فرض عدم مشروعية المساقاة من المساقى الأوّل و كونه كالوكيل بالنسبة إلى ذلك لامعنى له مع فرض كون مساقاته للمساقى الثانى في مساقاته المستحقة عليه .

لكن في جامع المقاصد بعد أن ذكر الوجه في عدم جواز المساقاة للمساقي و الفرق بينها و بين المزارعة قال : « و هذا إذا لم يأذن المالك ، فإذا أذن للعامل في المساقاة صحّ و كان الثاني هو العامل ، و الأوّل وكيل عن المالك » و فيه مالا يخفى بعد لزوم عقد المساقاة للاوّل الذى لايصلح مع ذلك للنيابة عنه فيما أوجبه عليه نفسه عقد المساقاة .

كما أن من ذلك يعلم أن عدم جواز المساقاة للعامل ، لعدم حصول الشرط شرعاً أو لعدم مقتضى الصّحة ، لا لعدم حصول الإذن من المالك، في تصرّف غير العامل الأوّل كما عساه يظهر من جامع المقاصد و المسالك ، ليتوهم الصّحة بفرض الإذن .

نعم لو أنّ المانع من المساقاة عدم جواز التصرف لغير الأوّل أمكن حينئذٍ ارتفاع ذلك بالإذن حينئذ ، ولا يكون وكيلاً ، بل هو مساق حقيقة و تجري عليه أحكام المساقاة كما هو واضح .

المسألة ﴿ التّاسعة: خراج الأرض ﴾ مغروسة وغير مغروسة ﴿ على المالك ﴾

للغرس الكائن فيها بسبب انتفاعه بها في ذلك ، و حق المسلمين فيها ، و إن ضرب على الشجر الّذى فيها ، فإنّما هو بواسطتها ، و العامل إنّما يستحق الحصة بواسطة عمله ، فلا إشكال حينئذٍ في أنّ الخراج على المالك .

﴿ إلاّ أن يشترط على العامل أو بينهما ﴾ فيجب حينئذٍ على حسب الشرط، لعموم [1] « المؤمنون » ولكن يجري عليه حكم الشرايط ، بل قد سمعت في المزارعة اعتبار معلومية مقداره في صحة اشتراطه ، و قد سلف منّا هناك ماله نفع في المقام فلاحظ و تأمّل ،كما أنه تقدّم آنفا حكم الشرائط مع عدم خروج الثمرة أو تلفها ، و الفرق أيضاً بين المذكور شرطاً و جزء للعقد مع الحصّة و الله العالم .

المسألة ﴿ العاشرة : الفائدة تملك ﴾ بين العامل ورب الاصول ﴿ بالظهور ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا ، بل في المسالك الإجماع على عدم تأخر ملك العامل إلى بلوغ الثمرة و إدراكها .

قلت : فليس حينئذٍ إلاّ الملك بينهما بالظهور ، مضافاً إلى أن ذلك هو مقتضى تبعية النّماء في الملك ، و المشروع من عقد المساقاة المقتضي لملك العامل الحصّة ، و ملك ربّ الأصول العمل عليه، فما عن بعض العامة ـ من عدم ملك العامل إلاّ بالقسمة، قياساً على عامل القراض ـ واضح الفساد حتى في المقيس عليه عندنا،كما تقدم في محلّه، مع وضوح الفرق بينهما ، بأنّ الربح هناك وقاية لرأس المال ، فلا ربح حينئذٍ إلاّ بعد وصول رأس المال الى المالك بخلاف الثمرة هنا .

﴿و﴾ حينئذٍ فـ ﴿ تجب الزكاة فيهما على كل واحد منهما إذا بلغ نصيبه نصاباً ﴾ كما هو المشهور ، لتحقق سبب الوجوب و هو النماء على ملكهما مع فرض بلوغ النصاب، خلافاً لابن زهرة هنا ، وفي المزارعة فاوجبها على مالك البذر والاصول خاصة ، لأنّه نماء ملكه ، و ما يأخذه الزارع و المساقي كالأجرة عن عمله ، قال : « ولا خلاف في أنّ الأجرة لاتجب فيها الزكاة و كذا إن كان البذر للمزارع ، لأنّ ما يأخذه مالك الأرض كالاجرة عن أرضه ، فإن كان البذر منهما فالزكاة على كل

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من ابواب المهور الحديث ـ ٤ .

واحد منهما اذا بلغ مقدار سهمه النصاب » .

و بالغ ابن إدريس في التشنيع عليه ، و قال : « إنّي راجعته في هذا الحكم و كاتبته إلى حلب و نبّهته على فساده ، فلم يقبل و تعذّر بأعذار واضحة ، و أبان بها أنّه ثقل عليه الردّ ، ولعمرى إنّ الحق ثقيل كلّه و مات رحمه الله و هو على ما قاله، و وافقه على ذلك جميع من تأخّر عنه » .

نعم في المختلف بعد أن استجود قول ابن ادريس قال : « قول ابن زهرة ليس بذلك البعيد من الصواب » لكن في الحدائق « الظاهر أنّ الحامل له على ذلك كثرة تشنيع ابن ادريس عليه ، وإلاّ فهو في غاية البعد من الصواب » و نحوه في المسالك بعد أن قال : «ضعفه ظاهر ، لأن الحصّة قد ملكت هنا بعقد المعاوضة في وقت يصلح لتعلق الزكاة بها لا بطريق الأجرة .

ثم لو سلّم كونها كالأجرة ، فمطلق الأجرة لا تمنع من وجوب الزكاة ، بل إذا تعلق الملك بها بعد الوجوب ، إذ لو استأجره بزرع قبل بدو صلاحه ، أو آجر المالك الأرض بالزرع كذلك ، لوجبت الزكاة على مالك الأجرة ، كما لو اشترى الزرع كذلك . نعم لو كان يذهب إلى أنّ الحصّة لا يملكها من لا بذر له بالظهور ، بل بعد بدوّ صلاح الثمرة ونحوه، أمكن ترتب الحكم، لكنه خلاف اجماع الاصحاب و مع ذلك لا يتم تعليله بالأجرة ، بل بتأخر ملكه عن الوجوب » .

و في جامع المقاصد بعد أن حكى ما سمعته من المختلف قال : « و هو أعلم بما قال ، و الظاهر عندنا أنه لا وجه له أصلاً إلا على القول بأنّ استحقاقه و تملكه إنما يكون بعد بدوّ الصّلاح و تعلق الزكاة ، و هذا خلاف ما نقله المصنف عن علمائنا ، فكيف يكون خلافه قريباً من الصواب » ولعلّه يريد أنّ ذلك محتمل و غير مقطوع ببطلانه ، فلا يأتي على ناقله كلّ ما ذكره ابن ادريس من التشنيع .

قلت : لعلّ ابن زهره لحظ عدم الوجوب في الأجرة عن العمل باعتبار عدم استحقاق تسلّمها إلاّ بعد تمام العمل و الزكاة يعتبر فيها التمكن من التصرّف في المال المملوك ، أوأنه لحظ وجوبها بعد المؤنة ، و الفرض كون العمل في مقابلها ، فهو

حينئذٍ مؤنته ، و لذا أوللاوّل نفى الخلاف عن عدم وجوبها على الأجرة .

و منه يعلم ما في المسالك من وجوبها فيما لو آجر أرضاً بزرع إذا أراد عدم احتساب مقدار أجرة المثل من المؤنة ، و كذلك أجرة مثل العمل ، و بذلك يظهر الفرق بين المقام ، و بين عمل المالك لثمرته مع أنه ربما قيل أيضاً باحتساب أجر فعله مؤنة ، وكذا ما يتلفه من ثياب ونحوها في ذلك ، و إن كنالم نوافق عليه ، لكنّ المقام في العمل المقابل بعوض ، و هو الزرع ، و دعوى الفرق - بين العوض في المساقاة و المزارعة ، و بين الأجرة - واضح الفساد .

و لعلّه إلى ذلك و نحوه أومأ الفاضل في المختلف بنفي البعد عن الصواب ، لا ما سمعته من جامع المقاصد والمسالك و الحدائق ، و يقال : مما لا يناسب حمل مثله عليه ، و حينئذٍ فالمتجه سقوط زكاتها عنهما معا ، لخروجها بالظهور عن ملك ربّ الارض و الاصول ، و عدم تمامية الملك للعامل ، أو كونها بمقابلة العمل صارت من جملة المؤن ، و الزّكاة إنما هي على العفو أي الزايد ، لقول الله تعالى [(١)] « ويسألونك ما ذا ينفقون قل العفو » وغيره ممّا تقدم في محلّه ، بل لو أنّ السيّد يرى ملك العامل بعد بدو الصلاح أو بالقسمة ، فالمتجه أيضاً عدم الوجوب على المالك ، فضلاً عن العامل لأنّه من جملة المؤن ، و ان لم ينثلم النصاب بها .

نعم لو لم نقل باستثناء المؤن إتّجه وجوب الزكاة عليه ، كما في المسالك قال : « لان انتقالها عن ملكه حصل بعد تعلّق الوجوب ، كما تجب الزكاة على البايع لو باع الثمرة بعد بدوّ الصّلاح ، لكن قد يشكل بالفرق بينهما بالخروج عن ملكه قهراً مجانا في الأول ، بخلاف الثاني ، على أنّ تمامية الملك معتبرة في الزكاة و هي هنا منتفية بتعلق حق العامل المانع له عن التصرّف ، و إن لم نقل بملكه :

---

(١) سورة البقرة الاية - ٢١٩ .

﴿ تتمة ﴾

﴿ إذا دفع أرضاً إلى رجل ليغرسها على أن الغرس بينهما كانت المغارسة باطلة ﴾ عندنا ، لأنّ الاصل الفساد . وما عساه يظهر من بعض النصوص ، محمول على وقوع ذلك بعقد صلح أو اجارة جامعة للشرائط ، لا على مشروعيّة هذا العقد على نحو عقد المزارعة ، فإنّ الاجماع بقسميه على بطلانه .

﴿ و ﴾ حينئذ فـ﴿ الغرس لصاحبه ﴾ لعدم حصول ما اقتضى نقله عنه ﴿ ولصاحب الأرض إزالته ﴾ بعد بطلان المعاملة «فان الناس مسلّطون على أموالهم»(١) ﴿ وله الاجرة ﴾ عوضاً عما مضى من منفعة الارض ﴿ لفوات ماحصل ﴾ له ﴿ الاذن بسببه ﴾ من الشركة في الغرس باعتبار فساد المعاملة ، والفرض عدم دفعه الارض مجّاناً

﴿ و ﴾ لكن ﴿ عليه أرش النقصان ﴾ الحاصل على الغرس ﴿ بـ ﴾ سبب ﴿ القلع ﴾ وإن استحق له فإنّ استحقاقه لايرفع ضمانه لما يحصل بفعله ، بعد أن لم يكن الغارس ظالماً ، كي لايكون لعرقه حق ، وإنّما أقصاه فساد المعاملة التي وقع التراضي منهما بها .

ولكن الكلام في كيفية تاريشه ، ففي المسالك « إنّ المراد بههنا تفاوت مابين قيمته في حالتيه ، على الوضع الذي هو عليه ، وهو كونه حال غرسه باقياً بأجرة ومستحقا للقلع بالارش ، وكونه مقلوعاً لان ذلك هو المعقول من أرش النقصان ، لاتفاوت مابين قيمته قائماً مطلقا ، ومقلوعاً ، إذلاحقّ له في القيام كذلك ، ليقوم بتلك الحالة ، ولا تفاوت مابين كونه قائماً بالاجرة ، ومقلوعاً لما ذكرنا من أن استحقاقه المقلع بالارش من جملة أوصافه ، ولا تفاوت مابين كونه مستحقا للقلع ، و مقلوعاً لتخلّف بعض أوصافه أيضاً ، كما بيناه ، ولا بين كونه قائما مستحقا للقلع بالارش ومقلوعا لتخلّف وصف القيام بالأجرة ، وهذه الوجوه المنفيّة ذهب إلى كل منها

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبعة الحديثة .

بعض ، إلى أن قال : والاوّل مع سلامته مما فيها لايخلو من دور، لان معرفة الارش فيه متوقفة على معرفته ، حيث أخذ في تحديده ، والظاهر أنّ القيمة لاتختلف باعتباره ، وأنّ تقديره كذلك كتقديره معلوماً وقائما بأجرة فلا يضرّ مثل هذا الدّور ولهذا الارش نظائر كثيرة ، تقدم بعضها .

قلت : قد يقال : إنّها أو أكثرها مبنيّة على ملاحظة بقائه إلى منتهى عمره في قيمته ولذا لاحظ البقاء بالاجرة ، مع أنه لايخفى عليك عدم استحقاق بقائه أصلا ، لامجاناً ولا بالاجرة وإنّما ذلك يتبع التراضي بينهما ، فقد يرضى معه المالك بالأجرة أو بالمجّانيّة ، فليس هو من أوصاف قيمته .

نعم لو قلعه غير المالك المستحق لقلعه ، أمكن حينئذ تقويمه عليه بنحو ذلك ، أمّا هو فقلعه له باستحقاقه ، ولكن يضمن أرش نقصانه الحاصل بالقلع ، بمعنى أنه إذا لحقه من حيث القلع نفسه نقصان ، ضمنه له ، وحيث لايلحقه لم يضمن له شيئاً ، وهو المراد للمصنف وللشهيد في اللمعة ، « ولو نقص بالقلع ضمن أرشه » لأنّ المراد تقويمه من حيث بقائه الذي هو غير مستحق له أصلا ، ومن الغريب ملاحظة كونه مستحقا للقلع بالارش في أرشه ، مع أنه لايكاد يحصل له معنى محصّل بالنسبة إلى قلع المالك له .

وبالجملة فالمراد ضمانه النقص الحاصل من حيث القلع إن حصل ، من غير ملاحظة للبقاء ، بمعنى أنّ هذه الشجرة لما قلعت نقصت بسبب القلع عن حال قيامها لامن حيث بقائها ، ومن ذلك يظهر لك مافي جملة من كتب الاساطين فلاحظ وتأمل .

وكيف كان فكما يجب على المالك أرش النقصان الحاصل بالقلع ، كذلك يجب على العامل أرش نقصان الارض . وطمّ الحفر وقلع العروق المتخلفة من المقلوع . ثم إنّه لم يفرق الاصحاب كما في المسالك وغيرها في جميع ماسمعت بين العلم بالبطلان والجهل به ، بل تعليلهم كالصّريح في ذلك ، وهو مؤيد لما قلناه سابقا في المساقاة الباطلة مع العلم بالفساد ، وكانّ ثاني الشهيدين رجع عمّا ذكره هناك ، حيث أنه بعد أن اعترف

بما سمعت قال هنا : «ولا يبعدالفرق بينهما ، فلا أجرة لصاحب الارض مععلمه ، ولا أرش لصاحب الغرس مع علمه ، أمّا الاوّل فللاذن في التّصرف فيها بالحصّة مععلمه بعدم استحقاقها ، وأمّا الثاني فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه ، ثم قال : ويمكن دفعه بأنّ الامر لما كان منحصراً في الحصّة أو الاجرة ، لم يكن الإذن من المالك تبرّعا فله الاجرة لفساد المعاملة ، والغرس لما كان باذن المالك ، وإن لم يكن بحصّة معروفة فعرقه ليس بظالم ، فيكون مستحقا للارش » .

قلت : وهو قريب لما ذكرنا سابقا من انهما بنيا المعاملة على الضمان ، وإن علما بفسادها ، و عدم ترتب ما تضمنته ، لكن مثل ذلك لا يقضي بالتبرع كما هو واضح .

ولو كان الغرس من مالك الارض فله الاجرة عليه بعد فساد المعاملة ، ولو ركب الغارس فيه نوعا آخر ، كما في شجر التوت ونحوه ، فان كان المركب للغارس نفسه فنماؤه له مدّة بقائه ، وعليه أجرة تركيبه على الاصل الذي لصاحب الارض ، وله إزالته مع الارش على حسب ما مرّ ، ضرورة عدم الفرق في الغرس بين كونه في أرضه أو في شجرته و الله العالم .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿لو دفع﴾ مالك الارض ﴿القيمة﴾ للغارس ﴿ليكون الغرس له ، لم يجبر الغارس﴾ للاصل ، وعموم [1] «تسلّط الناس على أموالها» ﴿وكذا لو دفع الغارس الاجرة لم يجبر صاحب الارض على التبقية﴾ لما عرفت أيضا وقاعدة « لاضرر ولا ضرار » لاتقتضى الجبر في الافراد التي فيها هدم القواعد الشرعية والله العالم .

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبعة الحديثه .

﴿ كتاب الوديعة ﴾

واحدة الودايع قال الكسائي على ما في الصّحاح : يقال : أودعته مالاأي دفعته إليه يكون وديعة عنده ، وأودعته أيضاً : إذا دفع إليك مالا يكون وديعة عندك ، فقبلتها ، وهو من الاضداد .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿النظر﴾ في هذا الكتاب يقع ﴿في أمور ثلاثة :

الاوّل : في العقد و هو ﴾ لفظ يقتضي ﴿ استنابة في الحفظ ﴾ والظاهر كون لفظ الوديعة كلفظ البيع والصلح والاجارة و نحوها ، فيأتي البحث حينئذ في أنّها أسماء للعقود أولآثارها وغاياتها المترتبة عليها ، أوللمعنى الصّادر من الموجب ،وهو النقل في البيع والاستنابة في الحفظ هنا ، وقد تقدم لك التحقيق في محلّه وأنّ الاصّح الأخير ، أوأنّ مرجع الجميع الى معنى واحد .

نعم قد ذكرنا هناك أنّ بعضهم ادّعى حصول هذه الاسماء بواسطة العقد وغيره، فالبيع مثلا يحصل بالعقد وبغيره ، وهو المسمّى في عرفهم بالمعاطاة ، والظاهر أنّ الامر هنا عنده كذلك ، لاشتراكها في دعوى السيرة القطعية على وقوعها بغير العقد ، على أنّها وديعة ، وإن كان قد يقال : بل يقوى أنّ ما يقع بغير ماذكروه من عقدها المتوسع فيه وفي غيره من العقود الجائزة أمانة ، لاوديعة ، بحيث يجري عليه حكمها المختص بها ، كقبول دعوى الردّ فيها ونحوه ، وإن كان يطلق عليه اسم الوديعة تسامحا ، أولعدم تمييز بين العنوانات الشرعية ، نحو اطلاقهم اسم البيع على إباحة العين من كل وجه بعوض عنها كذلك .

ثم إنّ الظاهر من تعريفهم العقد اختصاص مسمّاه بالالفاظ ، دون الافعال والمركّب منها ومن الاقوال ، لكن قد يظهر من المصنف وجماعة بل هو صريح بعضهم تحقق العقد الجائز بالايجاب اللّفظي والقبول الفعلي ، ولم نجد لهشاهداً فإن

الباقي على أصالة عدم المشروعيّة ، مضافاً إلى أنّ الحصّة من الاصول تدخل في ملكه حينئذٍ فلا يكون العمل المبذول في مقابلة الحصّة واقعاً في ملك المالك ، ولا واجباً بالعقد ، إذ لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه ، وهو المحكي عن الأكثر كالطوسيّ والحليّ وغيرهما ، بل في الرياض « لم أقف على مخالف صريحاً ولا ظاهراً » .

قلت : ﴿و﴾ لكن الإنصاف مع ذلك أن ﴿ فيه ترددا ﴾ مما عرفت ، ومن عموم [1] « أوفوا » و [2] « المؤمنون عند شروطهم » و نحو ذلك الذى جزموا بصحّة اشتراط الذهب و الفضّة وغيرهما كما ستعرفه ، و احتمال الفرق بينهما - بأنّه فى الفرض قد جعل الحصّة من النماء فى مقابل العمل بجميع المال المعقود عليه ، ومع فرض صيرورة جزء من المال له بالشرط ، لم يكن العمل بجميع المال المملوك للمالك فلم يستحق مجموع الحصّة المشترطة له ، لاخلاله بالشرط و هو العمل بالجميع ، فيبطل العقد - يدفعه أنّ الإشتراط المزبور كالاستثناء من العمل بجميع المال ، بل هو بيان لاستحقاق الحصة بالعمل فيما يخصّ المالك ، والباقى بتبعية النّماء للملك .

و التحقيق البطلان مع أخذ الحصّة من الاصول عوضاً على حسب الحصة من الفائدة ، لعدم ثبوت شرعية المساقاة على هذا الوجه ، ولاصلاحيتها لتمليك عوض غير الحصة من الفائدة من غير فرق بين الحصة من الأصول ، والذّهب والفضة وغيرهما .

أمّا لو أخذ على جهة الشرطية التي هي سبب أيضاً في التمليك ، فالظاهر الصحّة لعموم الأدلّة الذى لا فرق فيه بين ذلك وبين اشتراط الذهب و الفضّة ، و لعلّه بذلك يلتئم الكلام أجمع و الله العالم .

﴿ولو ساقاه بالنصف﴾ مثلاً ﴿ إن سقى بالناضح ، وبالثلث إن سقى بالسايح بطلت المساقاة ، لأن الحصّة لم تتعين ﴾ مع الترديد و التعليق ﴿و﴾ لكن ﴿ فيه تردّد﴾ من ذلك ، و من أنها معيّنة على كلّ من تقديرين ، فهي كالإجارة على خياطة الثوب بدرهم إن كان روميّاً ، وبدرهمين إن كان فارسيّاً ، بل المساقاة في الحقيقة

---

(١) سورة المائدة الايه - ١ .

(٢) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث - ٤ .

قسم من الإجارة .

ولكن لا يخفى عليك أن الأشبه بأصول المذهب و قواعده الاول لعدم كون ذلك تعيينا رافعاً للجهالة ، بل ولاجزماً ، وجوازه في الأجارة لوقلنا به لدليل خاص لايقتضي الجوازهنا ، بعد حرمة القياس ، ومعلوميّة استقلال عقدالمساقاة عن عقد الإجارة كما هو واضح والله العالم .

﴿ويكره أن يشترط ربّ الأرض على العامل مع الحصّة شيئاً من ذهب أوفضّة﴾ بلا خلاف أجده كما اعترف به غير واحد ، و لعلّ مثل ذلك كاف في ثبوتها المتسامح فيه .

﴿لكن﴾ لاإشكال في أصل الجواز عندنا ، فلا ينبغي التوقف فيه لعموم «المؤمنون»[1] مع عدم كونه منافياً لمقتضى العقد ولاللشّرع ، فيجوز حينئذ و ﴿يجب الوفاء بالشرط﴾ هذا .

﴿و﴾ قدذكر غير واحد من الأصحاب أنه ﴿ لوتلفت الثمرة﴾ أجمع بآفة سماوية أوارضية ﴿لم يلزم﴾ الوفاء به وكذا إذا لم تخرج وإلّاكان أكل مال بالباطل، لامتناع استحقاق أحد العوضين أوبعضه بدون مايقابله من العوض الآخر ، فإن الشرط جزء من العوض .

لكن في جامع المقاصد «إنّ الحكم في الصورة المفروضة واضح ، أماالعكس وهو الشرط من العامل على المالك فظاهر إطلاق عبارة التذكرة والتحرير أنه كذلك، وفيه نظر ، لأنّ العوض من قبل العامل وهو العمل قد حصل ، والشرط قدوجب بالعمل ، فكيف يسقط بغير مسقط ، فانّ تلف أحد العوضين لايوجب سقوط البعض الاخر مع سلامة العوض الاخر ، وتبعه في المسالك .

قلت : قد يقال : إنّ المدرك لذلك هو بطلان المساقاة الذى يتبعه بطلان الشرط باعتبار فوات الفائدة التي هى ركن في المساقاة ، وعدم بطلان البيع في بعض الصّور الخاصة بعدم خروج الثمرة لدليل مخصوص ، لايقتضى الجوازهنا ، كما أنّ الإقدام

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٤ .

عليه معدوماً للعادة ، لايقتضى الصحّة مع تخلّفها ، وربما شهد لذلك في الجملة ما اعترف به في جامع المقاصد في فرع ذكره في مسألة هرب العامل «أنه لايجب عليه إكمال العمل تمام المدّة مع عدم خروج الثمرة أوتلفها »كما عن التذكرة احتماله أيضاً اذلا وجه له إلاّ انفساخها بذلك ، وإلاّ لوجب الإكمال كما هو خيرة المسالك ظاهراً مشبها له بعامل القراض الذي لم يربح مع وجوب الانضاض عليه إلاّ أنه احتمل أخيراً كونه كتلف العوض المعيّن في البيع قبل قبضه الموجب للإنفساخ ، ثم قال : « وفيه نظر . »

قلت : بل النظر في غيره ، ضرورة قصد المعاوضة في المساقاة بخلافه في المضاربة التى يراد منها الحصّة من الربح الذى قد يحصل وقد لا يحصل، بخلاف المقام المعتبر فيه الطمأنينة بحصول الثمرة ، ولايكفى الاحتمال عندهم ، وحينئذ فلا إشكال في الحكم المزبور ، إنما الكلام في تلف البعض ، فقد يظهر من المصنف عدم سقوط شيء من الشرط به ، لظهور كلامه في اعتبار تلف الجميع في السقوط .

لكن في القواعد «وفي تلف البعض أوقصور الخروج إشكال » وفي جامع المقاصد « ينشأ من أنّ الشرط محسوب من أحد العوضين ، ولا ريب في أنّ مجموع أحد العوضين مقابل بمجموع الاخر فيقابل الأجزاء بالأجزاء فاذا تلف بعض أحد العوضين وجب أن يسقط مقابله من العوض الاخر ، ومن ثم لولم تخرج الثمرة أصلاً أوتلف جميعها سقط المشروط كلّه ، ومن أنّ مقابلة الاجزاء بالاجزاء في عوض المساقاة منتفية ، لأن الفائت والتالف عند حصول التلف أونقصان الخروج غير معلوم ، فلو تحققت المقابلة لم يكن السّاقط في مقابله معلوماً ، ولذلك لو تلف بعض الثمرة أونقص الخروج عن العادة لم يسقط شيء من العمل أصلا ، ولأن العامل يملك حصّته من الثمرة بالظهور ، فاذا تلف بعضها تلف في ملكه بعد استحقاقه إيّاه بالمعاوضة ، فلا يسقط بتلفه بشيء من العوض الاخر .

لايقال : فعلى هذا إذا تلف الجميع يجب أنلا يسقط الشرط لعين ماذكر .

لانا نقول : ذلك ضرر فينفى بالحديث [1] واعلم أنّ الاشكال في قصور الخروج لاوجه له أصلاً لأنّ العوض هومايخرج قليلاً كان أوكثيراً لامايتوقع خروجه بحسب العادة ، فكيف يعقل سقوط شيء من المشروط بتخلّف العادة ، أمّا تلف البعض فانّ الاشكال فيه وإن كان لايخلو من وجه إلاّ أنّ عدم سقوط شيء أقوى ، لما قرّرناه ، ويؤيده عموم [2] « أوفوا بالعقود » [3] و « المؤمنون عند شروطهم » و تبعه على ذلك كلّه في المسالك .

قلت : لعلّه أيضاً مبنيّ على ماعرفت من بطلان المساقاة في خصوص الفائت . فيكون من تبعّض الصفقة في المساقاة ، وبالجملة إنفائت الفائدة لوكان معلوم الحال وقت العقدلم تكن المساقاةعليه صحيحة ، والجهل بحاله من أوّل لايصير سبباً للصّحة في الواقع .

نعم هذاكلّه في عدم الخروج مثلاً أما التلف بعده فقد يقال : إنّ مبناه اعتبار الادراك في الفائدة التى هي ركن في المساقاة ، لعدم النفع بها دونه وعدمه ، فعلى الاوّل يتجه البطلان بخلاف الثاني .

وعلى كلّ حال فليس للعامل في مقابلة عمله إلاّ ماحصل من الفائدة كماأنه ليس له شيء مع فرض عدمها أصلا لاقدامه على ذلك فتأمّل جيّداً والله العالم .

الفصل « السادس : في أحكامها »

أى المساقاة «وهي مسائل : الاولى كلّ موضع تفسد فيه المساقاة » أى يعلم فسادأصل انعقادها «فللعامل أجرة المثل» لاصالة احترام عمل المسلم الواقع بالاذن

(١) الوسائل الباب ـ١٧ـ من ابواب الخيار الحديث ـ ٣و٤ و ٥ .

(٢) سورة المائدة الاية ـ ١ .

(٣) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٤ .

ممن استوفاه ، ﴿ والثمرة لصاحب الأصل ﴾ المملوك له فيتبعه نماؤه مع فرض عدم الناقل له شرعاً عنه ، من غير فرق في ذلك بين العلم بالفساد والجهل به ، وبين كون الفساد من اشتراط كون الثمرة للمالك وغيره كما هو مقتضى إطلاق المصنف وغيره، بل في المسالك « نسبته إلى الأكثر » ووجهه ماعرفت من أصالة احترام عمل المسلم ، بعد العلم بعدم كون ذلك من المتبرع المسقط للأجرة له ، أوالشك فيه : والرضا بالعقد الفاسد أوبالعقد المتضمن لعدم الأجرة ، ليس رضا بالعمل بلا أجرة ، فان الحيثية ملاحظة ، بمعنى كون المتشخص منه في الخارج الرضابالعقد الذي لايترتب عليه ذلك ، والعمل الصادر منه إنماهو من حيث انه مقتضى العقد الفاسد ،لاأنه رضي منه بالعمل في حد ذاته وفي نفسه بلا عوض ، فمع فساد العقد الذي قدوقع العمل على مقتضاه معاملا معاملة الصحيح ، يبقى احترام العمل بنفسه .

فما في المسالك ــ تبعا لجامع المقاصد من تقييد إطلاق المصنف وغيره بما إذالم يكن العامل عالماً بالفساد ، وبما إذالم يكن الفساد باشتراط كون الثمرة أجمع للمالك لكونه في الصورتين متبرعاً لايستحق على عمله شيئاً كما ترى ، لايخلو من نظر ، وأولى منه في ذلك ماعن الشهيد من أن الواجب له حيث يجب له أقل الأمرين من الحصة وأجرة المثل ، لا قدامه على التبرع بما زاد عليها مع نقصانها عن أجرة المثل ، إذلايخفى أن إقدامه على العقدالمقتضي لذلك بعدفرض فساده لايقتضي الزامه وترتيب حكمه عليه ، فيبقى احترام عمله في نفسه على ماتقتضيه الضوابط الشرعية، من ضمانه بأجرة المثل كما هو واضح بأدنى تأمل والله العالم .

المسألة ﴿الثانية : إذا استأجرأجيرا للعمل بحصة منها﴾ أي الثمرة ﴿ فإن كان﴾ قبل ظهورها لم يجز قولا واحدا ، لكونها معدومة ، وجواز جعلها عوضا في المساقاة للدليل لايقتضي الجوازهنا بعد حرمة القياس وإن كان ﴿ بعد بدو الصلاح جاز﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لعموم الأدلة وإطلاقها السالمين عن معارضة مايقتضي المنع ، ﴿ وإن كان بعد ظهورها ﴾ ونموها مقطوعة ﴿ وقبل بدو الصلاح بشرط القطع ، صح إن استأجره بالثمرة أجمع ﴾ قيل بناءاً على اعتبار ذلك في البيع الذي

قدعرفت قوة جواز ذلك فيه ، بدون الشّرط المزبور الّذي يمكن ارادة الكناية به عن ملاحظتها نفسها حال العقد ، لاحال بدوّ صلاحها الآتي مثلاً ، وإلاّ فاشتراط القطع من حيث كونه اشتراطاً ، لامدخلية له في ماليته على وجه يصلح كونه مبيعاً وأجرة، فلا بأس حينئذٍ مع شرط القطع أوشرط البقاء مدّة معلومة ، ولا يكون بذلك مبيعاً أو أجرة حال ادراكه الّذى هو معدوم الان ، وإنما يكون حالاً طارياً على ملكه .

وبذلك يظهر أن مدرك الجواز ، الأصول والقواعد ، لاالقياس على البيع الممنوع عندنا ، ولعلّه لذالم يذكر المصنّف الجواز مع الضميمة ، أوالعامين كما ذكره فى البيع ، فانّه مع فرض المنع بدون اشتراط القطع إلاّ مع الضميمة أوالعامين يختص البيع بالجواز ، لدليله ، ولا يقاس عليه ماهنا مع احتماله ، بل جزم به في المسالك قال «وتركه المصنّف إتكالاً على ماظهر من ذكر الجواز بشرط القطع من اتحاد الحكم في المقامين .

﴿ ولو استأجره ببعضها قيل : لايصح لتعذر التسليم ﴾ لا مكان عدم إذن الشريك ، فيتعذّر القطع المعتبر اشتراطه في الصّحة ﴿ والوجه الجواز ﴾ كمافي المسالك قال : «لا مكان القطع والتسليم بالاذن ، كما فيكلّ مشترك ، ولو فرض امتناع الشريك تمكّن باذن الحاكم » .

قلت : مع فرض كون الشريك المستأجر يتجه حينئذٍ الصّحة ، للتمكن من اشتراط القطع عليه برضاه ، والتزامه به ، أمّا إذا كان غيره وقلنا بعدم جواز القسمة بالخرص والتخمين ، وعدم جواز الاجبار على القطع قبل الادراك ، لما فيه من الضرر، يشكل الجواز حينئذٍ ، بعدم احراز الشرط المعتبر في الصّحة ، بناء على اعتباره ، وإن كان قدعرفت قوّة عدمه إلاّ إذا أريد به الكناية عمّا ذكرنا .

وقد تقدم لنا فى بيع الثمار ماينفع ملاحظته في المقام ، خصوصاً فى الفرق بين النّخل وغيره من الاشجار ، مع أنّ المصنّف لم يشر إلى شيء من ذلك ، وكان غرضه المعظم الفرق بين المساقاة والاجارة ، من جواز الأولى بحصّة منها قبل الظهور ،

لكونها مشروعة على ذلك ، بخلاف الثانية التي هي باقية على مقتضى القواعد ، من اعتبار المعلوميّة في الأجرة ، ولذا اقتصرعلى اشتراط القطع دون الضميمة والعامين، المحتمل كون جوازهما في البيع ، للدليل الخاص من الاجماع أوغيره والله العالم .

المسألة ﴿ الثالثة: إذاقال : ساقيتك علىهذا البستان بكذا ، على أن أساقيك على الآخر بكذا قيل : ﴾ والقائل الشيخ فيماحكي عنه ﴿يبطل﴾ لأنه كالبيعين في بيع ، ولعدم لزوم هذا الشرط الذي هو بمنزلة الوعد ، والفرض أنه سبب فيزيادة العوض أونقصانه ، ولم يعرف مقدار ذلك فيتجهل ويبطل ، وكذا الكلام في بعتكهذا العبد بكذا ، على أن تبيعني عبدك بكذا . نعم لوساقاه على الحديقتين صفقة صحّ ، وإن اختلفت الحصّة .

﴿و﴾لكن لايخفى أنّ ﴿الجواز أشبه ﴾ بأصول المذهب و قواعده ، ضرورة عدم كونه من ذلك المفسر بالبيع بثمنين إلى أجلين مثلاً ، أوعلى تقديرين ، و تناول « أوفوا بالعقود » التى منها المشتملة على الشرائط للمفروض ، مضافاً إلى عموم [1] « المؤمنون عند شروطهم » فيجب الوفاء حينئذ به ، وإن سلّم كونه وعداً لم يقدح ، وإن صار داعياً لزيادة العوض أونقصانه كما هو واضح .

وأضعف منه ماعن ابن الجنيد حيث قال : «لااختار ايقاع المساقاة صفقةواحدة على قطع متفرّقة بعضها أشق عملا من بعض ، إلا أن يعقد ذلك ويشترط في العقد ، العقد على الأخرى» إذهو كما ترى أيضاً لادليل عليه ، فالتحقيق الجواز فيالصورتين والله العالم .

المسألة ﴿الرّابعة : لوكانت الأصول لاثنين ﴾ مثلاً ﴿ فقالا لواحد﴾ مثلا ﴿ساقيناك﴾على أنّ لك النصف مثلاً صحّ ، وإن لم يعلم نصيب كل واحد منهما ، لعدم مدخليّة ذلك فيالعلم بحصّته ، وليس إلاتعدّد المالك ، وهو غير مانع كباقي الصّور المتصوّرة في المقام بالنسبة إلى اتحاد المالك والعامل ، وتعددهما .

(١) الوسائل الباب ــ ٢٠ــ من ابواب المهور الحديث ــ٤ــ

نعم لوقالا له : ﴿ على أنّ لك من حصّة فلان النصف ، ومن حصّة الآخر الثلث صحّ ﴾ أيضاً ولكن ﴿ بشرط أن يكون عالماً بقدر نصيب كل واحد منهما ﴾ وحينئذٍ ﴿ لو كان جاهلاً بطلت المساقاة لتجهيل الحصّة ﴾ كما هو واضح هذا . وقد ذكر في المسالك بعض الصّور لبيان كيفية القسمة بينهم ، للتدريب لافائدة في ذكرها . والله العالم .

المسألة ﴿ الخامسة : إذا هرب العامل ﴾ غير المعين في اثناء العمل ﴿ لم تبطل المساقاة ﴾ قطعاً لاصالة صحتها ، بل ظاهر الأصحاب هنا بقاؤها على اللزوم ﴿ فـ ﴾ ـليس للمالك الفسخ بمجرّد ذلك ، خصوصاً ﴿ إن بذل العمل عنه باذل ﴾ وإنما يرفع أمره إلى الحاكم فيطلبه ويجبرّه على العمل ، فان تعذّر ذلك استأجر من ماله من يعمل عنه ، أو بأجرة مؤجّلة إلى وقت الثمرة ، ومع فرض ظهورها وبدوّ صلاحها استأجر بحصّته أجمع أو بعضها ، أو بالاقتراض عليه .

﴿ أو دفع إليه الحاكم من بيت المال ما يستأجر عنه ﴾ ولو على جهة القرض عليه أو بغير ذلك من الصّور التي يحصل بها الحق ممّن عليه إلى من هو له ، لأنه وليّ كلّ ممتنع ، لقوله تعالى [1] «إنما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا » وحينئذٍ متى حصل أحدهما ﴿ فلا خيار ﴾ للمالك لعدم الضرر عليه مع أصالة اللزوم .

ولكن قد يقال : إنّه مناف لما يستفاد منهم في غير المقام ، كالخيار بعدم الوفاء بالشرط ، وكالخيار بتأخير الثمن ، وبالامتناع عن العمل وتسليم العين المستأجرة ، ونحو ذلك من ثبوت الخيار بمجرّد حصول شيء من ذلك ، من غير مراجعة إلى الحاكم ، بل ظاهرهم أنّه متى حصل من أحد المتعاقدين بعقد لازم ماينافي استحقاق الآخر عليه من حيث اللزوم ، شرع له الشارع الفسخ ، وكان العقد في حقه جائزا دفعا لضرره بذلك ، لقاعدة [1] «لاضرر ولا ضرار » .

---

(١) سورة المائدة ـ الاية ٥٥ .

(١) الوسائل الباب ـ ١٧ـ ص ابواب الخيار الحديث ـ٣ـ٤ـ٥ .

المتعارف من لفظ العقد تركيبه من الايجاب القولي والقبول القولي ، والفاظهما هي المسماة بصيغ العقود نعم لاينكر تحقق إسم الامانة مثلا بالمفروض وبغيره من الفعلين ، وذلك لا يقتضي تحقق اسم العقد ، بل ولا إسم الوديعة .

وعلى كلّ حال فلاخلاف ممّن يعتدّ به ولا اشكال في اعتبار إنشائيّة الرّبط بين الايجاب و القبول في الوديعة مثلا ، سواء كانت بالاقوال أوالافعال ، بناء على تحققها بها ، نحو البيع والصلح والإجارة وغيرها من العقود لأنها من الإذن والإباحة التي لم يلحظ فيها الرّبط بين القصدين ، و الرضامن الطرفين ، نحو إباحة الطّعام .

وتظهر الثمرة في أمور ، منها : إنفساخ الوديعة بفسخ كل منهما ، فليس له الرجوع إليها بدون تجديد ، بخلاف الإذن ، فإن له الرجوع إليهامالم تظهر تقييدها ، وإن رفع يداً عنها أوّلا ، إذلا فسخ بالنسبة إليها ، ولم يحصل مايقتضي رفع الاثر الحاصل منها كما هو واضح .

ثم إنّ تعريف المصنف العقد بما سمعت ، فيه مالايخفى .

نعم يمكن أن يكون تعريفا للوديعة كمافي النافع لاعقدها ، اللهم إلا أن يريد لفظاً يقتضي استنابة في الحفظ كما سمعته منا في تعريفه ، ولا يرد عليه أنّه ينبغي ضمّ القبول معه حينئذ ، وذلك لمعلومية توقف تحقق الاستنابة على النيابة ، نحو تعريفهم البيع بالنقل ، كما أنه لا يرد عليه الوكالة على بيع شيء في يدالوكيل مثلا ، لكون المرادهنا الإستنابة بالذات ، بخلاف الوكالةالتي يقصد فيها شيء آخر ، ويتبعه الحفظ لكونه أمانة .

﴿و﴾على كل حال فلاإشكال في أنّه ﴿ يفتقر إلى ايجاب وقبول ﴾ كمافي كل عقد ، بل قد عرفت ان ماهو كالمعاطاة فيها بناء على مشروعيته محتاج إلى معنى الايجابية والقبولية المقصود فيهما الإنشاء من الطرفين ، مع ربط رضا كلّ منهما وقصده بالآخر ، فضلاّ عن العقد .

﴿و﴾ لكن ينبغي أن يعلم أنّ عقدهاهنا ﴿ يقع بكلّ عبارة دلّت على معناه﴾

حقيقة أومجازاً سواء ذلك في الإيجاب والقبول ، وذلك للتوسّع فيها عندهم ، بل قد تقدم لنا بيان قوّة الاكتفاء بذلك في العقود اللازمة ، فضلاً عن الجائزة ، بل ذكر المصنف ﴿و﴾ غيره هنا أنه ﴿يكفي الفعل الدّال على القبول﴾ و ظاهرهم الاكتفاء به في تحقق العقديّة ، قالوا لكونه أصرح من اللفظ ، ويجب به الحفظ والضمان مع سببه ، بخلاف القول ، لكن قد عرفت ما فيه .

وأغرب من ذلك ما عن بعضهم من الاكتفاء بنحو ذلك في طرف الإيجاب قياساً على الوكالة التي لم يثبت فيها ذلك ، وربما يحتمل ذلك في قول المصنف بعد ذلك «ولو طرح» إلى آخره كما تسمعه في شرحه .

نعم يمكن دعوى تحقق الوديعة بالفعلين من الجانبين ، فضلاً عن أحدهما ، بناء على تحقق البيع وغيره بذلك ، فضلاً عنها ، لا لتحقق العقد الذي هو اصطلاحاً المركب من الايجاب والقبول اللّفظيين ، وإن كان قد عرفت ما فيه أيضاً من تحقق الإباحة والأمانة بذلك ، لا البيع والوديعة ، كما أنّه يمكن إرادة المصنف في المقامين ذلك ، لا عقدها ، وإن كان خلاف ظاهره في القبول ، فيكون حاصله تحقق الوديعة بالعقد الذي يكفي في إيجابه وقبوله كلّ عبارة ، وتقع بالأفعال من الجانبين ، وبالمركب منهما ، وإن لم يسم ذلك عقداً إصطلاحاً ، وهذا وإن كان أهون من الأوّل إلاّ أنّ فيه ما تقدم .

وكيف كان فقال ﴿ولو طرح ال﴾عين التي يريد جعلها ﴿وديعة عند﴾ من قصد استيداعها منـ﴿ـه لم يلزمه حفظها إذا لم يقبلها ﴾ قولا ولا فعلا ، لعدم تحقق الوديعة التي لا إشكال في اعتبار القبول أوما في معناه فيها ، سواء كانت بعقد أو بغيره مما في حكم المعاطاة بناء على مشروعيتها فيها ، فلو تركها حينئذ وذهب لم يكن عليه ضمان ، للأصل .

لكن في المسالك « يأثم إن كان ذهابه بعد ما غاب المالك ، لوجوب الحفظ من باب المعاونة على البرّ وإعانة المحتاج ، فيكون واجباً على الكفاية » وفيه ما لا يخفى، أمّا إذا قبلها كذلك جرى عليها حكم الوديعة ، من وجوب الحفظ وغيره ، بل قد

يحتمل من المسالك ضمانها لو تركها حينئذٍ والمالك حاضر ، فانّه بعد أن حكى عن التذكرة أن ذلك ردّ للوديعة ، قال : «ويشكل تحقق الرّد بمجرّد الذهاب عنها مع حضور المالك ، لاصالة بقاء العقد ، وكون الذهاب أعمّ منه مالم ينضم إليه قرائن تدلّ عليه ، وإن كان قد يناقش حينئذ بأنّه وإن كان الذّهاب أعمّ من ذلك إلا أنّ الظاهر عدم ضمانه بالذّهاب المزبور ، لعدم صدق التفريط ، والأصل براءة الذّمة » ولعلّه لايريد الضمان ، وإنّما يريد عدم انفساخ العقد بذلك .

ثم لايخفى ظهور العبارة المحكي مثلها عن التذكرة والإرشاد والتّحرير واللمعة والروضة في تحقق الوديعة بالطرح المزبور مع القبول فعلا أوقولا . نعم لادلالة فيها على تحقق العقد بذلك ، فما في المسالك من انكار ذلك ، باعتبار أنّ وجوب الحفظ المترتّب على القبول أعمّ من كونه بسبب الوديعة ، لأنه قد يكون بسبب التصرف في مال الغير ـ في غير محلّه ضرورة ظهور العبارة في تحقق الوديعة بالقبول ، ويتبعه وجوب الحفظ .

نعم لادلالة فيها على كون ذلك عقداً وهو متجه ، بناء على تحققها بدونه ، على قياس معاطاة البيع والصّلح والإجارة وغيرها التي هي منها ، هذا كله في الطرح بعنوان الإستيداع .

أمّا إذا كان مجرداً عن ذلك فلاتتحقق الوديعة مع القبول قولا أوفعلا . لعدم تحقق ايجابها المتوقف عليه تأثير القبول ، وإن وجب عليه الحفظ في الثاني إذا كان قد قبضه ، لعموم (١) « على اليد » بل الظاهر وجوب ضمانه عليه ، لعدم تحقق الاذن له في قبضه .

ومما ذكرناه يظهر لك الحكم في جميع صور المقام وإن أطنب فيها في المسالك لكن مع تشويش في كلامه في الجملة ، وربما ظهر منه اعتبار التلفظ بما يدلّ على إرادة الايداع مع الطرح في تحقق الوديعة ، ولا ريب في فساده بناء على صدقها مع دلالة غيره من الإشارة المفهمة و الكتابة وغيرهما و إن لم يتحقق بذلك عقدها ،

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٢ .

لكن يتحقق معاطاتها كما سمعته سابقاً فلاحظ و تأمّل هذا .

و قد يحتمل في عبارة المتن إرادة بيان عدم وجوب الحفظ على المستودع و إن حصل عقد الوديعة إذالم يقبل قبضها ، لمعلوميّة عدم لزوم العقد ،كي يترتب عليه بعد حصوله ذلك ، وربمايؤمي إطلاق لفظ الوديعة المقتضي تحقق الوصف فيها بإجراء عقدها فيما بينهما ، ومن ذلك ينقدح حينئذٍ اعتبار القبض في ترتب أحكام الوديعة من الحفظ و غيره ، بل الظاهر عدم وجوب القبض عليه ولو شرطيا ، مع احتمال كون الشرط القبض و الفسخ،كما تسمعه إنشاء الله في نظيره ، بل قد يتوقف في جواز القبض بدون الإذن من المالك و إن حصل العقد بينهما ، مع احتماله لحصول الأذن منه بالعقد.

ولكن قد يشكل بناء على اشتراطه في الصّحة بعدم اقتضاء ذلك ، إذ هو حينئذٍ كالبقض في الهبة . نعم لوقلنا بعدم كونه شرطاً في ذلك اتجه عدم الإذن فيه ، ولم أجد تحريراً في كلام أحد لذلك، وربما يأتي له تتمة عند قوله « واذا استودع » الى آخره.

﴿ و كذا لو أكره ﴾ المودع أو غيره المستودع ﴿ على قبضها ﴾ وديعة ﴿ لم تصر وديعة ﴾ بذلك لمعلوميّة اعتبار الاختيار في قبولها ، ﴿و﴾ حينئذٍ فـ ﴿ لا يضمنها لو أهمل﴾ حفظها . نعم لورضي بذلك بعد الإكراه على وجه الإجازة للاوّل صارت وديعة ، بناء على تأثير اجازة المكره ، لا أنّ رضاه و وضع يده المتجدّدين يكون قبولاً جديداً باعتبار عدم اعتبار مقارنة هذا القبول للايجاب كما في المسالك ، و إن كان هو ممكناً أيضاً ، لكن مع قصده ، لا مع حصول الرضا بما وقع سابقاً على نحو بيع المكره و نكاحه ، وتظهر الثمرة في الضمان بالتفريط السابق و غيره ، بل قد يقال: بعدم صحته حتى مع القصد المزبور ، و ذلك لأن العقد الأوّل بعد حصول الارتباط فيه بين الإيجاب والقبول إمّا أن يجاز فيصحّ ، أولا فيبطل هو و ايجابه ، ولا يجدي القبول المتجدد .

و على كلّ حال فمما ذكر يظهر لك الحال فيما في المسالك ، حيث قال : « يجب تقييد ما في المتن بما إذا لم يضع يده عليها بعد زوال الإكراه مختاراً ، فإنّه حينئذٍ يجب عليه الحفظ باليد الجديدة ، و إن لم يجب بالاكراه ، و هل تصير بذلك

وديعة أم أمانة شرعية ، يحتمل الاوّل ، لأن المالك كان قد أذن له ، و استنابه في الحفظ ، غايته أنّه لم يتحقق معه الوديعة ، لعدم القبول الاختياري ، و قد حصل الآن و المقارنة بين الايجاب و القبول غير لازمة ، ومن الغاء الشارع ما وقع سابقاً ، فلا يترتب عليه أثره و يشكل بأن الغاءه بالنظر إلى القابض ، لا بالنظر إلى المالك ، و يمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختيارا بنية الاستيداع و عدمه ، فيضمن على الثاني ، دون الأوّل ، إعطاءا لكل واحد حكمه الاصلي .

مضافا إلى ما في ذيل كلامه مما يظهر منه كون المفروض أوّلا مجرد وضع يد جديدة بعد زوال الاكراه ، و من المعلوم عدم تحقق الوديعة بذلك ، لما علمت من اعتبار القبول فيها ، و هو غير متحقق بذلك قطعا .

بل و منه أيضاً يعلم ما في الرّياض الذى قد تبع فيه المسالك ، بل ظاهره الحكم بالضمان باليد الجديدة حتى لو قلنا بكونه وديعة ، قال فيه : « و كذا لو أكره على القبض لم يضمن مطلقا إلا مع الاتلاف ، أو وضع يده عليه بعد ذلك مختاراً فيضمن حينئذ جداً ، لعموم الخبر المتقدم ، وهل تصير بذلك حينئذ وديعة لا يجب ردها إلا مع طلب المالك ، أو من يقوم مقامه أو أمانة شرعية يجب إيصالها إلى المستحق فوراً ، و بدونه يضمن مطلقا ، وجهان » ثم ذكر ما سمعته من المسالك من الاحتمال إلى أن قال : « و الاوّل لا يخلو من وجه ، و إن كان الثاني أوجه » .

و كأنّه مناف لما سمعته سابقاً من الضمان حتى على تقدير كونه وديعة ، فلاحظ وتأمّل بل مما ذكرنا يظهر لك الحكم أيضاً فيما لو كان المودع و المستودع مكرهين و إن وجب على المستودع حينئذ الحفظ باعتبار استيلاء اليد ، لا لكونها وديعة كما هو واضح . بل قد يقال : بوجوب الحفظ عليه من هذه الحيثيّة ، حتى في صورة إكراه المستودع أو المودع ، خصوصاً مع كون المكره أجنبيّاً و خصوصاً مع كون وجوب حفظ مال الغير من المعاونة على البرّ فتأمّل جيداً . والله العالم .

﴿ وإذا استودع ﴾ و قبل ذلك ﴿ وجب عليه الحفظ ﴾ بلا خلاف أجده ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، مضافا إلى ما في عدمه من الخيانة المحرّمة كتابا ، و

عقلا ، و سنّة متواترة ، و اجماعاً بقسميه ، و إلى كونه مقدّمة لوجوب اداء الأمانة و ردّها إلى مالكها ، ولاينافي ذلك جواز الوديعة ، فإنّ المراد مادام مستودعا ، أو التخيير بينه ، و بين الرّد إلى المالك .

إنّما الكلام فيما في المسالك « من أنّ قبول الوديعة الذي يتفرع عليه حكم الحفظ قد يكون واجباً ، كما إذا كان المودع مضطراً إلى الإستيداع ، فإنّه يجب على كلٍ قادر عليها واثق بالحفظ قبولها منه كفاية ، ولو لم يوجد غير واحد تعين عليه الوجوب ، و في هذين الفردين وجوب الحفظ واضح ، وقد يكون مستحبّاً مع قدرته و ثقته من نفسه بالأمانة ، و كون المودع غير مضطر ، لما فيه من المعاونة على البرّ الذى أقلّ مراتب الأمر به الاستحباب ، و قضاء حوائج الإخوان و قد يكون محرّماً كما إذا كان عاجزاً عن الحفظ ، أو غير واثق من نفسه بالامانة ، لما فيه من التعرّض للتفريط في مال الغير ، و هو محرّم ، و مثله مالوتضمّن القبول ضررا على المستودع في نفسه أو ماله أوبعض المؤمنين ونحو ذلك ، و بهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ و عدمه » .

وفيه :أنّ الحفظ إلىأن يردّه على المالك علىكلّ حال واجب حتى فيالصورة المحرّمةالتي لاتقتضى فساد عقدالوديعة باعتباركونها لأمر خارج ، مع أنّه قديناقش في أصل الوجوب فيمافرضه ، لأصالة براءة الذمة من وجوب حفظ مال الغير كما أنّه قد يناقش فيالحرمة في صورة عدمالوثوق بنفسه ، ضرورة تكليفه بعدمالخيانة ، كماهو واضح و الله العالم .

﴿و﴾ كيفكان فـ ﴿ لا يلزمه ﴾ أى المستودع ﴿ دركها لو تلفت من غير﴾ تعدّ فيها ولا ﴿ تفريط أو أخذت منه قهرا ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى الأصل ، و قاعدة الإيتمان المعلوم من الكتاب و السنّة و الأجماع و العقل عدم استتباعها الضمان .

نعم لوكان هوالساعي فيأخذها قهراً منه، توجّه الضمان حينئذٍ لصدق الخيانة و التفريط معه ، بل ربما ظهر من ثاني المحققين الضمان بمجرّد إخباره بها و إن لم

يكن على وجه السعاية ، و من آخر ذلك أيضاً بإخبار اللّص ، و إن لم يعيّن له مكانها، إلا إذا صادفها اللص مصادفة، خلافا لمحكي التذكرة ، فلم يضمنه مع عدم تعيين المكان ، بخلاف ما إذا عيّنه .

و التحقيق الحكم ببراءة ذمة الأمين ، و خصوصاً الودعى مع الشكّ في تحقق سبب الضمان، ولو للشك في الإندراج تحت ماجعلوه عنوانا له من التعدي والتفريط، لأن عموم على اليد ونحوه مخصّص بقاعدة الإيتمان، وبذلك حينئذ ظهر لك المعيار الذي يرجع إليه في جميع هذه الافراد ، و هو المراد من الفقيه تحريره ، لا خصوص الجزئيات التي لا انضباط لمشخّصاتها الحالية و غيرها .

ثم لافرق في الأخذ قهراً بين أن يتولى أخذها من يده ، و بين أن يأمره بدفعها إليه بنفسه ، فيدفعها له كُرهاً ، لصدق الإكراه و عدم التفريط فيهما ، ولا ضمان عليه فيهما ، و إنما ضمان المال على الظّالم ، فليس للمالك حينئذ مطالبته بوجه ، وفاقاً للأشهر ، بل المشهور ، و خلافا للمحكي عن أبى الصّلاح ، و أبي المكارم ، و الفاضل في التذكرة ، و محكي التحرير من جواز رجوع المالك عليه مع مباشرته الدّفع بنفسه إلى من أمره الظالم ، لأنّه باشر تسليم مال الغير بيده ، فيشمله عموم[1] « على اليد » و إن كان قرار الضمان على الظالم .

إلا أنّه كما ترى مناف لإطلاق مادلّ على عدم ضمانه مما عرفت ، بل ولقاعدة الإحسان و غيرها التى قد عرفت تحكيمها على قاعدة اليد .

نعم لا اشكال في رجوعه لو أمره بمباشرة اتلافه بنفسه ، ولو على جهة الإنتفاع به ، لقاعدة الأتلاف التى لم يثبت تخصيصها بقاعدة الإيتمان لكن من جهة قوة السبب هنا على المباشر ، كان قرار الضمان عليه ، لأصل جواز الرجوع ، و ماعساه يقال : بأنه مناف لقاعدة عدم ضمان الأمين بغير التعدى و التفريط ، وخصوصاً الوديعة قال زرارة في الصحيح :[2] « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن وديعة الذهب والفضة قال :فقال:

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ .

(٢) الوسائل الباب ــ ٤ من ابواب احكام الوديعة الحديث ــ ٣ .

كلّ ماكان من وديعة ولم تكن مضمونة لا تلزم » بناء على إرادة غير المشروط ضمانها من قوله « مضمونة » أو الأعم منه ومن التعدي والتفريط - يدفعه أنّ ذلك كلّه منزل على التلف في غير الفرض .

و من ذلك يظهر حينئذٍ قوّة قول الفاضل بناء على أنّ تسليمها إلى الظالم من أقسام الإتلاف ايضا فتأمّل .

و على كلّ حال فقد ظهر لك الوجه في عدم الضمان بالاخذ منه قهراً ﴿ نعم لو تمكن من الدفع ﴾ اللائق به ﴿ وجب ﴾ بلاخلاف أجده فيه لأنه مقدمة للحفظ المأمور به على جهة الإطلاق ، ﴿و﴾ حينئذٍ ﴿ لو لم يفعل ﴾ ذلك مع قدرته عليه ﴿ ضمن ﴾ لأنه تفريط حينئذٍ وكذالوأمكن الدّفع ببعضها فلم يفعل ، لكن الظاهر ضمانه ما يزيد على مايندفع به منها ، لا الجميع ، و إن احتمل للتفريط ،إلاّ أنه واضح الضعف ، لأنّ بعض المدفوع واجب على التقديرين .

و ما في الرياض من الفرق بينهما - بكونه بأمر الشّارع على الاوّل ، و بدونه على الثاني و هو فرق واضح وإن هي الا كما لو فرط فيها فتلف بغيره ، و قالوا فيها بضمانها ، مع أنها ذاهبة على التقديرين فتأمّل - يدفعه أنها عند الشارع كالوديعتين التي أراد الظّالم أخذهما، وكان يمكن دفعه بإعطاء أحدهما فلم يفعل ، فإنه لاريب في ضمانه الثانية ، فإنّ الأولى ذاهبة على كل حال منضمة إلى الاخرى ، أو مستقلة، فالتفريط حينئذٍ في الثانية لا فيهما معا ، كما هو واضح .

ولو توقف الدفع على بذل شيء من ماله ، فلا إشكال في جوازه ، بل في جامع المقاصد «أنه لا يبعد القول بوجوب مصانعة الظالم بشيء يرجع به على المالك ، وربما مال إليه في الرياض لوجوب الحفظ ، فيجب ما لايتم الا به ، و الضّرر يندفع بنية الرّجوع على المالك مع فرض عدم التمكن من استيذانه أو وليه » .

قلت : لم أقف في النصوص على مايدلّ على وجوب الحفظ على جهة الإطلاق وإن صرّح به في المسالك ، أللهم إلاّ ان يكون إجماعاً ولم نتحققه والأمر بأداء الأمانة يراد منه عدم الخيانة ، كما لايخفى على من لاحظ نصوصه ، فهو حينئذٍ

بالنسبة إلى المال واجب مشروط ، للاصل ، ولو سلّم فالمتجه وجوب بذل مالا يضر بحاله من المال ، كغيره من تكاليفه المطلقة ، ولا يرجع به على المالك ، لأنّ دفعه حينئذٍ مقدّمة لامتثال تكليفه ، نحو غيره من الأفعال التي يفعلها مقدمة للحفظ ، ولا يرجع بأجرة المثل في شيء منها .

نعم لوفرض الضّرر الكثير لم يجب عليه ، لسقوط باب المقدمة حينئذٍ لقاعدة نفي الضرر ، مع إمكان القول حينئذ باندفاعها ، بالدفع بنية الرجوع مع عدم التمكن من استيذان المالك ، لكونه ولياً حينئذٍ بالنسبة إلى ذلك ، وهل التمكن من الحاكم يقوم مقام التمكن منه ، وجهان أحوطهما الاوّل .

وكيف كان فلا خلاف ﴿و﴾ لا اشكال في انّه ﴿لا يجب تحمل الضّرر الكثير بالدّفع ، كالجرح وأخذ المال﴾ الجزيل الذي لا يرجع به على المالك ، وغيرهما مما يختلف باختلاف الاشخاص شرفاً وضعة وغيرهما ، إلاّ أنّ ماعساه يظهر من المصنف من كون مطلق اخذ المال وإن قلّ ضرراً كثيراً واضح المنع ، وإلاّ لسقط في غير هذه المقدمة ، وهو معلوم العدم .

نعم قدعرفت سابقاً إمكان القول بأنّه لم يثبت وجوب الحفظ على الإطلاق ، بحيث يشمل بذل المال ، والأمر باداءالأمانة الذي هو بمعنى عدم خيانتها لا يقتضي ذلك ، أللّهم إلاّ أن يكون مستنده الاجماع الذى قد عرفته سابقاً ولكن يتجه حينئذ تقييدالمال بكونه مضرّا بالحال ، بل لوقلنا باندفاع ضرره بالرجوع على المالك وجب حينئذٍ دفع الكثير منه هذا .

وفي المسالك : «ثم إن كان المطلوب الذي لا يندفع عنها بدونه بقدرها لم يجب بذله قطعاً لانتفاء الفائدة ، لكن لو بذله بنيّة الرجوع به هل يرجع؟ يحتمله ، لأن الوديعة لولاه ذاهبة فيكون بذله قدرها كبذلها ، وعدمه ، لأن القدر المأذون فيه شرعاً ما يترتب عليه مصلحة المالك وهو هيهنا منتف ، فلا يكون شرعيّاً ، وعلى هذا فيمكن عدم الرجوع بجميعه لما ذكر ، وبجزء منه ليقصر عنها وتترتب الفائدة ، إذ الفرض عدم امكان ماقصر عنه ، ويبعد كونه يرجع بمقدار ماينقص عن قدرها بدرهم مثلاً .

ولا يرجع بشيء أصلاهما يساويها ، فإن غير المأذون في المساوي إنما هو القدر الذي تنتفي الفائدة معه ، لاجميع المبذول ، ولم أقف في هذا الحكم على شيء فينبغي تحريره .

قلت : قد يقال : إنّ الوديعة إن كانت عيناً كفرس وكتاب ونحوهما يمكن تعلّق غرض المودع بها عيناً ، فلا ريب في أنّ المتجه جواز الرجوع ، وإن بذل تمام القيمة . أمّا إذا لم تكن كذلك فلعلّ المدار على عدم المفسدة على المودع ، لااعتبار المصلحة ، فيرجع حينئذٍ على التقديرين بتمام ما بذل وإن كان مستوعباً ، ولو توقف حفظهما على الكذب جاز بل وجب ، وإلا كان ضامناً .

نعم لو تمكن من التورية المخرجة له عن الكذب عند المخاطب وجب أيضاً ، لتمكنه من امتثال التكليفين ، والأورّى بما يخرج به عنه في نفسه ، بأن يقصد نفي الوديعة مثلا يوم كذا أ ﴿و﴾ في مكان كذا ، بل ﴿ لو أنكرها فطولب باليمين ظلماً جاز الحلف ﴾ ولو بالبراءة أو يمين الصادق المعروفة ، بل وجب ، فإن لم يفعل ضمن .

ولكن يحلف ﴿ مورّياً بما يخرج به عن الكذب ﴾ على الوجه الذي عرفته مع الإمكان ، لعدم حرمته حينئذٍ ، فلا إشكال فيه من أصله ، ضرورة اقتضاء باب المقدمة وجوبه ، لأنه في هذا المقام محرّم جاز للمقدّمة ، وكان ذلك هو الوجه في اقتصارهم على الكذب دون غيره من المحرّمات ، وإلاّ فمن المعلوم سقوط مقدمة كل واجب مع فرض توقفها على المحرّم ، وخصوصاً إذا كان محرّماً أصلياً ، والمعارض له واجب مقدمي كما هو واضح .

ومن هنا لم يذكروا إباحة غيره من المحرمات مع توقف حفظ الوديعة عليها ، من غير فرق بين كونها متعلقة بالخالق أو المخلوق .

﴿و﴾ كيف كان ﴿هي﴾ أي الوديعة ﴿ عقد جائز من طرفيه ﴾ بلا إشكال ولا خلاف ، بل الإجماع بقسميه عليه ، وهو الحجّة في تخصيص الآية وغيرها من أدلّة اللزوم ، ﴿و﴾ حينئذٍ ف﴿ يبطل بموت كل واحد منهما وبجنونه ﴾ وإغمائه ، ونحو ذلك مما يخرج به ماله عن ملكه ، أو ولايته عنه كما هو الشأن في نحوه من العقود الجائزة للإجماع ، أو لأنّه بالموت ينتقل المال عن المودع ، كما أنّه لاعقد مع وارث

الودعي ، فلا يجوز بقاؤه على حكم الوديعة ، وبالجنون مثلاً ونحوه تنتقل ولاية تصرفه إلى غيره ، ولا عقد مع غير الودعي فلعلّه لذلك كانت الأهلية معتبرة فيهما في الابتداء والاستدامة .

﴿و﴾على كلّ حال مع البطلان ﴿تكون﴾ العين حينئذٍ في يد الودعي أوفي يد من وضع يده عليهاحسبة ﴿أمانة﴾ شرعية ، لعدم إذن المالك الصوري ، وحصول الإذن من المالك الحقيقي في الاستيلاء عليها للردّ حسبة ، وحينئذٍ يلحقها حكم غيرها من الأمانات الشرعية من نحووجوب ردهاإلى مالكها ، أوولي أمره ، أوإعلامه على القولين فوراً على وجه لولم يبادر لالعذر شرعي ضمن ، ولم يبق لها شيء من أحكام الوديعة حتى قبول صاحبها في ردّها ، فإنه لايقبل لما عرفت من انفساخ عقد الوديعة .

نعم لوكان تأخيرها مثلا في صورة موت المودع ، لعدم العلم بانحصار الوارث المعلوم كونه وارثا ، أوللشّك في كونه وارثاً ،ولم يكن حاكم يرجع إليه ، ففي المسالك « الاقوى عدم الضمان ، خصوصاً مع الشك في كون الموجود وارثاً ، لأصالة عدمه ،وأمّا مع العلم بكونه وارثاًفالاصل أيضاً عدم استحقاقه جميع المال ، والعلم بكونه مستحقا في الجملة لايقتضي انحصار الحق فيه ، وأصالة عدم وارث آخر معارض بالأصل المزبور ، فيبقى الحكم في القابض ، ووجوب البحث عن المستحق كنظائره من الحقوق ، ومثله يأتي فيما لوأقرّ بمال المورث زيد ، فانّه لايؤمر بتسليم جميع المقرّ به اليه إلاّ بعد البحث ، حتى لوادّعي انحصار حقّ الارث في الموجود مع الجهل ، ففي جواز تمكينه من دفعه إليه وجهان ، من إعترافه بانحصار الحق فيه ، فيلزم بالدفع إليه ، ومن أنّه إقرار في حق الغير حيث يمكن مشاركة غيره له فيه إلى ان قال : ـ ولو أخر تسليم الوديعة إلى الوارث ليبحث عن وصية الميت أو إقراره بدين ونحوه ، فالأقرب الضمان ، لأصالة عدمه ، بخلاف الوارث . »

لكنه كما ترى خصوصاً ماذكره في الإقرار الّذي لاريب في حجيّته على المقرّ الّذي هو مخاطب بايصال المال ، والبحث فيه وفي سابقه مع عدم حصول العلم به لايجعل

به الأصل حينئذٍ حجّة ، والامتناع بعده يقتضي تعطيل المال عن مستحقه .

نعم له التروي والبحث دفعاً لضرر الغرامة عن نفسه ، لالمعارضة أصالة عدم وارث آخر بأصالة عدم استحقاقه الجميع ، ضرورة وروده عليه وانقطاعه به ، على أنّه لم يتضح لنا الفرق بين احتمال الوارث ، واحتمال الوصيّة الّذى ذكره أخيراً ، فالمدار والمدرك حينئذٍ ماعرفت ، ولاعبرة بالاحتمالات الخارجة عن مذاق العقلاء كما هو واضح . والله العالم .

﴿وتحفظ الوديعة، بماجرت العادة بحفظها﴾ به ﴿كالثوب والكتب في الصندوق والدّابة في الاصطبل ، والشّاة في المراح ، أومايجري مجرى ذلك﴾ في الحرز لمثلها في العادة ، كما هوالضّابط في كلّ مالاحدّ له في الشرع الذي منه مانحن فيه ، ضرورة كون الوديعه استنابة في الحفظ ، وليس له في الشّرع حدّ مخصوص ، فلامناص عن الرجوع فيه إلى العادة في حفظ مثل هذه الوديعة على وجه لايعدّ الوديع مضيّعا ومفرطاً وخائناً ومهملا ومتعدّيا ، ولا فرق فيما ذكرنا بين علم المودع بوجود حرز مثلهاعند الوديع أولا ، فإنّ العلم بالعدم لايقتضى الأذن له في الوضع بغير حرزها ، بل عليه تحصيل الحرز لها مقدمة للحفظ الواجب عليه .

نعم الظاهر اختلافه باختلاف الأزمنة والامكنة ، كاستيداع الدابة في البادية عند أهلها ونحو ذلك ، كما أنّ من المعلوم إرادة الحفظ لها في الاماكن المخصوصة ، إذافرض كونها حرزاً لها في العادة ، فلا يكفي الصندوق المشترك بينه وبين غيره من دون قفل ونحوه ، بل هو أيضاً لايكفى إذاكان في بيت كذلك ، مع فرض عدم كونه حرزا في نفسه لمثلها .

﴿ويلزمه سقي الدابة﴾ وكلّ حيوان محترم خصوصاً الآدمي ﴿وعلفها﴾ بلا خلاف ولاإشكال ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه بمعنى عرض ذلك عليها على حسب العادة ، لأنه من مقدمات الحفظ المأموربه ، ﴿أمره﴾ المالك ﴿بذلك أولم يأمره﴾ كغيره من المقدمات المتعلقة بالوديعة من حيث كونها وديعة ، فلو قصّر حينئذٍ في شيء من ذلك ضمن ، للتفريط ، بل هو كذلك وإن عاد إلى القيام به ، كما تسمعه

فيما يأتي .

وأمّا وجوب بذل عين النفقة من الماء المحتاج إلى قيمة والعلف كذلك ، فظاهر الأصحاب المفروغية من وجوب بذلها عليه ، كما في المسالك وغيرها ، بل حكى بعضهم الإجماع عليه تارة ، ونفى الخلاف عنه اخرى ، ولعلّه كذلك .

لكن على هذا الترتيب وهو التوصل إلى ذلك باستيذان المالك أو وكيله فيه ، فان تعذّر رفع أمره إلى الحاكم ، ليأمره به إن شاء أو يستدين عليه ، أو يبيع بعضه للنفقة ، أو ينصب أميناً عليه ، فان تعذّر الحاكم أنفق هو ، وأشهد عليه ، ويرجع مع نيّته ، ولو تعذّر الاشهاد اقتصر على نية الرجوع ، والقول قوله في مقدار النفقة ، كما أنّ القول قول المالك في مقدار زمانها ، والكلام في اعتبار الاشهاد في وجوب الرّجوع وعدمه تقدم في باب المزارعة هذا .

وفي المسالك « وفي حكم الحيوان ، الشجر الذي يفتقر إلى السقي وغيره من الخدمة ، وفي حكم النفقة على الحيوان ما يفتقر إليه من الدواء لمرض » وظاهره بل صريحه كغيره الوجوب من حيث الوديعة ، فيضمن حينئذ مع التقصير فيه ، إلاّ أنه إن لم يكن إجماعاً أمكن المناقشة فيه ، بعدم اقتضاء اطلاق الوديعة الحفظ بنحو ذلك ، وكونه حيوانا محرّماً لا يسوغ اتلافه بغير الوجه المأذون فيه ، لا يقتضي ترتب الضمان المتوقف على التعدّي والتفريط في الوديعة من حيث كونها وديعة بمعنى التقصير فيما اقتضاه إطلاق عقدها ، لا التقصير في الحكم الشرعي الثابت عليه وإن لم يكن ودعيّا .

على أنّه لا يتم فيما سمعته من المسالك من إلحاق الشجر الذي هو ليس بذي نفس محترمة ، ولو قلنا بوجوب حفظ كلّ مال في نفسه على المالك وغيره ، إلاّ أنّ ذلك لا يقتضي الضمان مع التقصير فيه ، ضرورة كون الحفظ من جهته من مقتضى إطلاق عقدها ، أللهم إلاّ أن يعدّه التقصير فيه باعتبار كون المال في يده خيانة ، وأنه هو المتلف للمال ، لكنه كما ترى .

﴿ و ﴾ على كل حال ف﴿ يجوز أن يسقيها بنفسه وبغلامه ، اتباعاً للعادة ﴾

القائمة مقام إذن المالك فيه، مع عدم صدق التعدي والتفريط، وليس هو من إيداع الوديعة غيره عرفاً، كما هو واضح، لكن في المسالك «إن مقتضى العادة جواز تولي الغلام سواء كان المستودع حاضراً عنده أم غائباً، وسواء كان الغلام أميناً أم لا، وليس كل ذلك جائزاً هنا، بل إنما يجوز تولي الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده، فيطّلع على قيامه بما يجب، أو مع كونه أميناً، وإلاّ لم يجز، ولا فرق في ذلك بين وقوع الفعل في المنزل وخارجه، فلو توقف سقيها على نقلها ولم يكن أميناً فلابد من مصاحبته في الطريق، وإنما تظهر الفائدة في نفس مباشرة الغلام لذلك، وكذا لا فرق في ذلك كلّه بين الغلام وغيره ممن يستنيبه المستودع، وعبارة المصنف لا تنافي ما قيّدنا، لانه لم يجوّز إلا تولي السقي، وهو أعمّ من كونها مع ذلك في يد المستودع وعدمه، والعام لا يدلّ على الخاص، فيمكن تخصيصه إذا دلّ عليه الدّليل، وهو هنا موجود بما أطبقوا عليه، من عدم جواز ايداع الودعيّ مع الإمكان وهذا في معناه، وربما قيل: بأنّ ذلك فيمن يمكن مباشرته لذلك الفعل عادةً، أمّا ما لا يكون كذلك، فيجوز له التّولية كيف كان، وهو ضعيف».

وفيه أنّ ذلك لا يعدّ إيداعاً، بل هو قيام بالعمل الذي يراد من الوديع الّذي لا يجب عليه مباشرته فيما دلّت القرائن مباشرة غيره له، لرفعة شأنه، أو عجزه، أو نحو ذلك، وخصوصاً فيما قضت به العادة ممّا هو ليس بتعد ولا تفريط.

ومنه يعلم ما في قول المصنف أيضاً ﴿ولا يجوز إخراجها من منزله لذلك، إلاّ مع الضّرورة، كعدم التمكن من سقيها أو علفها في منزله، أو شبه ذلك من الأعذار﴾ ضرورة عدم الفرق بين ذلك وبين ما تقدم، مع فرض قضاء العادة به، ولم يكن ثم ما يقتضي التفريط بها.

ومن الغريب أنّه في المسالك وافق هنا على ذلك، مع أنه قد سمعت منه ما مضى فانّه بعد أن ذكر هنا عدم الفرق في المنع من إخراجها لذلك بين كون الطريق أمناً وعدمه، لان النقل تصرّف فيها وهو غير جائز مع امكان تركه، وعدم الفرق بين كون العادة مطردة بالاخراج لذلك وعدمه، لما ذكر، وعدمه أيضاً بين كونه متولّياً لذلك

بنفسه، وغلامه مع صحبته له وعدمه، لاتحاد العلّة في الجميع، قال: «واستقرب في التذكرة عدم الضمان لو أخرجها، مع أمن الطريق وإن أمكن سقيها في موضعها، محتجّاً باطراد العادة بذلك، وهو حسن مع إطرادها بذلك لا مطلقا.

ثم إنّه لا يخفى عليك ما في اطلاق الجواز للضرورة و إن كان الطريق مخوفا، الّذي وجهه كون ذلك من ضروريّات الحيوان، فالضرّر اللاحق بتركه أقوى من خطر الطريق فإنه قد يشكل في بعض الصور بما إذا كان التأخير إلى وقت آخر أقلّ ضرراً أو خطراً من إخراجها حين الحاجة، و نحو ذلك، فينبغي مع اشتراكهما في الضرر مراعاة أقلّ الضررين، أللّهم إلاّ أن يقال: بعدم إرادة هذه الصورة من الإطلاق المزبور و الامر سهل بعد ظهور الحال في أصل المسألة و هو أنّ المدار في حفظها وفي حرزها على المعتاد، الذي لا يعدّ عرفاً مع مراعاته مفرطاً ومتعدّيا، بل قد سمعت قيام العادة مقام الإذن من المالك في ذلك. و الله العالم.

﴿ولو قال المالك لا تعلفها اولا تسقها لم يجز القبول﴾ لكونه ذا كبد حرّاء و نفس محترمة، و واجب النفقة على المالك، ﴿بل يجب عليه سقيها و علفها﴾ مراعاة لحق الله تعالى شأنه، و إن أسقط الآدمي حقه، بل مع امتناع المالك ورفع الامر إلى الحاكم وأمره بالنفقة من ماله، يتجه الرجوع له عليه، و كذا لو كان بأمر عدول المؤمنين أو به مع الإشهاد أو بدونه مع نيّة الرجوع على حسب ما تقدم سابقاً.

﴿نعم لو أخلّ بذلك و الحال هذه أثم ولم يضمن لأنّ المالك أسقط الضّمان بنهيه، كما لو أمره بالقاء ماله في البحر﴾ خلافاً لبعض فأجرى حكم الوديعة مع النهي، فضلا عن غيره حتى في غير الحيوان، إلاّ أنه كما ترى، للأصل بعد انصراف دليل الضمان إلى غيره، و خصوصاً فيما لو كانت الوديعة غير حيوان، كشجر و بناء ونحوهما، بل في المسالك «الأقوى عدم وجوب حفظه، فضلا عن عدم الضمان، لأنّ حفظ المال إنما يجب على مالكه، لا على غيره، و إنما وجب الإنفاق في الحيوان لكونه ذا روح، فيأثم بالتقصير في حقّه، فيجب دفع ألمه».

نعم يبقى إشكال في أصل صحّة الوديعة على هذا الوجه المقتضي سفاهة المالك،

فيصير المال حينئذٍ في يده أمانة شرعية يجب ردّها إلى المالك أو وليّه أللهم إلا أن يفرض في وجه لاسفه فيه ، أو يقال : إنّ السفه لا يؤثّر فساداً بدون تحجير الحاكم.

نعم قد يقال : إنّ الإشكال في صحّة الوديعة المأذون فيها بالتفريط مطلقا ، أو في شيء خاص كما أنه قد يقال بوجوب الحفظ على من في يده المال ، و إن أذن المالك بإتلافه ، كما قد أشرنا إليه سابقا والله العالم .

﴿ ولو عيّن له موضع الإحتفاظ اقتصر عليه ﴾ لأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه ﴿ و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ لو نقلها ﴾ عنه ﴿ ضمن ﴾ لأنه عادٍ ﴿ إلاّ ﴾ إذا كان النقل ﴿ إلى أحرز ﴾ بل ﴿ أومثله على قول ﴾ قويّ إذا فهم إرادة المثال مما عيّنه ، ولو بقرينة ظهور كون الغرض له الإحتفاظ كتعيين الزرع و الراكب و نحوهما في المزارعة و الإجارة .

أمّا إذا لم يفهم ذلك فالاقوى الضمان حتى في النقل إلى الأحرز ، فضلاً عن المساوي ، سواء فهم إرادة الخصوصية منه ، أو أطلق ولم يكن قرينة على الإرادة المزبورة ، لتحقق المخالفة حينئذ ، أللهم إلاّ أن يقال : إنّ الايداع كان يقتضي التخيير في أفراد الحرز ، و تعيين موضع الإحتفاظ إنما يقتضي عدم الإذن في الأدون ، أمّا غيره فيبقى على مقتضى الإطلاق الذي لم يتقيد بالتعيين المذكور ، بعد فرض عدم ظهوره في ارادة التقييد .

نعم لوفرض أن حصول الإيداع قدكان بتعيين موضع الإحتفاظ ، إتجه حينئذٍ الإقتصار عليه ما لم يظهر إرادة المثال ، و دعوى حصول مفهوم الموافقة في الأحرز واضحة المنع ، مع أنّه قد يمنع ذلك أيضاً ، بدعوى ظهور التقييد بتعيين موضع الإحتفاظ ، كما في غيره من أفراد المطلق و المقيّد .

و لعلّه لذا جزم في المسالك بعدم جواز التخطي في الفرض حتى إلى الأحرز ، بل حكاه جماعة منهم الشهيد في حواشيه على القواعد ، بل احتمل في النسبة إلى القول التي في المتن و القواعد ـ المشعرة بالتوقف ، و أنّ القول الاخر بخلافه ـ رجوعها

إليهما معاً ، لاخصوص الأخير ، بل في المفتاح نسبته إلى ظاهر النهاية و التبصرة ، و موضع من السرائر و الغنية ، وصريح النافع والكركي والأردبيلي ، وميل التحرير وايضاح النافع . وبذلك يظهر لك ما في دعوى الإجماع على الجواز في الأحرز ، و أن الخلاف إنّما هو في المساوي دون الأحرز .

وعلى كلّ حال فلاريب في أنّه متجّه . بناء على أن ذلك من موضوع الإطلاق والتقييد ، كما يشهد له قول المصنف ﴿ و﴾ غيره ﴿لايجوز نقله إلى مادونه ، ولو كان حرزاً إلّا مع الخوف من ابقائها فيه﴾ بل في المسالك « الاجماع على عدم جواز نقلها إلى مادونه » وما ذاك الا لفهم التقييد من التعيين المزبور ، ولا ريب في عدم الفرق حينئذ بين ما دونه وما فوقه ، مع فرض عدم قرينة تدلّ على ذلك ، كما أنّه لاإشكال في ظهور ذلك حال كونه حرزاً لمثلها ، أما مع فرض عروض الخوف عليها فيه فلا تقييد للإطلاق ، وحينئذ يجوز نقلها إلى غيره ، وإن كان أدون مع فرض كونه حرزاً بل مقتضى اطلاق العبارة وغيرها جواز النقل إليه وإن تمكّن من المساوى والاحرز ولعلّ وجهه حينئذ بقاء الإطلاق على حاله في الفرض ، وهو يقتضى التخيير المزبور خلافاً لثاني الشهيدين فأوجب المساوي فما فوق مع التمكن ، و إلّا فالأدنى ، مع أنّ مذهبه عدم ظهور المثال في التعيين المزبور .

وكيف كان فالمتجه عدم الضمان ، حيث يجوز له النقل ، سواء تلف بانهدامه أو بغيره ، لما عرفت من أنّ مبنى الجواز حصول الإذن من المودع ، و هو يقتضى عدم الضمان ، فما عن بعض ـ من الحكم بالضمان مع جواز النقل إلى الأحرز و المساوي وعن آخر من الفرق بين التلف بالنقل كالانهدام مثلا وغيره فيضمن في الاول دون الثاني ـ لايخلو من نظر ، ولعلّ وجه الأوّل أنّ جواز النقل إليهما إنّما هو من الفحوي التقديرية التي يجوز بها الإقدام ، ولكن لا ترفع الضمان الحاصل من المخالفة ، والثاني بأن انتفاء الضمان معه وإن جاز النقل إليه ، مراعى بعدم ظهور الخطأ في كونه مساوياً أو أحرز ، فمع فرض ظهور عدمه بالانهدام يتحقق الضمان ، أمّا التلف بغيره فلم يتبين له ظهور الخطأ ، إلا أن الجميع كما ترى .

﴿و﴾ على كل حال فقد بان لك ممّا ذكرنا أنّه ﴿ لوقال : لا تنقلها من هذا الحرز ضمن بالنقل كيف كان ﴾ إلى مساو أو أحرز ، لتحقّق التعدّي فيها حينئذ بالمخالفة ، لنهيه المقتضي عدم جواز ذلك له اجماعاً ، ﴿ إلا أن يخاف تلفها فيه ﴾ فيجوز له حينئذ النقل حسبة إلى المساوي والأحرز ، وإلا فالأدون كمافي المسالك أو إلى حرز مثلها مطلقاكما هو الأقوى على ماعرفته سابقاً في نظيره .

و على كل حال يجوز ذلك له ﴿ ولو ﴾ كان قد ﴿ قال ﴾ : لاتنقلها عن هذا المكان ﴿ و إن تلفت ﴾ فيه ، لعدم ثبوت هذه السلطنة له من السلطان الحقيقي ،بل حرم عليه إضاعة المال و اتلافه في غير وجهه ، ومن ذلك « النهي عن التبذير »، (١) و « عن تمكين السفهاء من الاموال التي جعلها لنا قواماً »(٢) .

ولكن لايخفى عليك عدم بقائها حينئذ في يده وديعة ، بل هي أمانة شرعيّة ، لعدم الاستنابة من المالك في ذلك ، فيضمنها حينئذ بعدم الردّ إلى المالك أو وليّه فوراً أو الاعلام ، كما أنه لايخفى عدم وجوب ذلك عليه ، وإنّما هو جائز له .

فما في المسالك ــ من وجوب النقل ، لأنّ الحفظ واجب عليه ، ولا يتمّ إلاّ بالنقل ، وللنهي عن إضاعة المال فلا يسقط هذا الحكم بنهي المالك وإن صرّح بقوله ﴿ وإن تلفت ﴾ ، لكن هنا لو ترك نقلها أثم ، ولا ضمان لاسقاط المالك له عنه كما مرّ لايخفى مافيه ، بناءً على أنّه بناه على بقاء حكم الوديعة ، ولذا وجب الحفظ،ضرورة أصالة براءة الذمة منه ، مع قطع النظر عنها ، إذ هو إن سلّم فعلى المالك لا غيره ، ضرورة عدم الاذن من المالك في ذلك ، بل الفرض نهيه .

وربما قيل : إنّ وجهه دعوى كون المراد للمالك بالنهي المزبور للاستظهار في حفظه ، بزعم كون المكان المزبور أنّه أحرز ، إلّا انّه بان خطاؤه أو تجدّد ما نافى ظنّه الّذي هوفي الحقيقة مقيّد ببقاء ذلك المكان حرزاً له .

وفيه : إنّ المتجه على هذا التقدير ضمانها بعدم النقل ، مع الخوف للتفريط

(١) سورة الاسراء الاية ٢٦ .

(٢) سورة النساء الاية ــ ٥ .

كما عن الشيخ في المبسوط ، مع أنك قد عرفت تصريحه بعدمه وإن أثم .

نعم قد يقال : إنّ عدم ضمانه بذلك ، للأصل المقتصر في خلافه على التفريط الذي لم يأمر المالك به ، وأمّا الاثم بعدم النقل ، فباعتبار وجوب حفظ ما في يده من مال غيره عليه وحرمة إضاعته عليه ، وإن قلنا بعدم وجوب حفظ مال الغير - الذي لم يكن في يده - عليه ، و هذا الوجوب و الحرمة لايستعقب ضمانا ، و إنما هي حرمة شرعيّة ، نحو الحرمة على المالك .

هذا كله بناء على سقوط حرمة نهي المالك في الفرض ، و ربّما يناقش فيها بعموم (١) « تسلط الناس على أموالهم » وليس هو من السفه والتبذير مع فرض احتمال غرض معتد به في ذلك وقت نهيه ، وخصوصاً مع حضوره في البلد ، وإمكان مراجعته أو مراجعة الحاكم ، أو عدول المؤمنين ، و بعد التسليم ففي تصديقه بحصول ما يقتضي جواز مخالفة النهي أو وجوبه وجهان : لايخلو ثانيهما من قوّة ، لعموم (٢) « البيّنة على المدعى » بعد الشك إن لم يكن الظن في اندراجه تحت الأمين المصدّق في ذلك فلا يبعد حينئذٍ الحكم بضمانه حتى تقوم البينة على حصوله بل قد يحتمل الضمان مع قيامها أيضا في كل مال مقبوض بلا إذن من المالك ، فضلاً عن النهي وإن كان خلاف المشهور بين من تعرّض له ، لعموم على اليد ، والحسبة والاحسان يجوّزان الاقدام ولا يرفعان الضمان الحاصل من خطاب الوضع ، ونفى السبيل على المحسن إنّما هو بالنسبة إلى مافعله من الاحسان ، فليس له الاعتراض عليه في ذلك .

ولعلّه عليه يبنى ما عن التذكرة من أنه لو نقلها إلى غير المعيّن وتوقّف النقل إليه على أجرة لايرجع بها ، لأنّه متبرّع بها ، واستحسنه في المسالك ، لكنّه احتمل أيضاً مع ذلك الرجوع مع نيّته لإذن الشارع له في ذلك ، فتقدّم على إذن المالك ، ولأنّ فيه جمعاً بين الحقين ، مع مراعاة حق الله تعالى في امتثال أمره بحفظ المال ، و

(١) بحار الانوار ج٢ ص ٢٧٢ الطبعة الحديثة .

(٢) الوسائل الباب ٣٠ - من ابواب الحكم و الدعوى .

لدله لايخلو من وجه لو كان باذن الحاكم أو عدول المؤمنين والله العالم .

﴿ولا تصح وديعة الطفل ولا المجنون﴾ لاعتبار الكمال في طرفي عقدها كغيرها من العقود بلاخلاف ، بل الاجماع بقسميه عليه ، من غير فرق بين ماليهما و غيرهما ودعوى الاذن و عدمها ، بل لايصح حتى لو علم الإذن لهما ، لقصور عبارتهما عن مباشرة العقد كما هو واضح .

نعم لو علم الإذن اكتفي في الوديعة حينئذ بفعل المرسل لهما في أيديهما ، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك فيها ، لعدم اعتبار مقارنة القبول فيها للايجاب ، و إلا فانشاء عقد الوديعة منهما سواء كان عنهما أو عن غيرهما باطل .

﴿و﴾ لا يجوز وضع اليد عليها بل ﴿يضمن القابض﴾ لذلك منهما لعموم[1] « على اليد ما اخذت » وغيره ﴿ ولا يبرأ بردّها إليهما ﴾ للحجر عليهما ، و إنّما يبرأ بالردّ إلى وليّهما الخاص ، أو العام مع تعذره ، بل مقتضى إطلاق العبارة وغيرها ذلك ، وإن كان قد فعل ذلك حسبة للخوف من التلف و نحوه ، و هو مؤيد لما ذكرناه سابقاً من أنّ الإحسان لايرفع الضمان .

لكن في المسالك و عن غيره الأقوى أنّه لوقبضها منهما مع خوف هلاكها بنية الحسبة في الحفظ لم يضمن ، لانّه محسن ، وما على المحسنين من سبيل ، لكن يجب عليه مراجعة الولي في ذلك ، فان تعذر قبضها ، وترتب الحكم . وفيه ما عرفت.

﴿ وكذا لايصح أن يستودعا ، و﴾ إن كان ﴿ لو أودعا لم يضمنا بالاهمال﴾ وفاقاً للمشهور ﴿ لأن المودع لهما ﴾ في الحقيقة هو ال﴿ متلف ماله ﴾ بايداعه مثلهما الذى لم يجب عليه الحفظ وأداء الأمانة ، فنسببيّته في الاتلاف أقوى من تفريطهما فيه ، ولا دليل على ضمانهما بذلك ، بعد ظهور قوله عليه السلام[2] « على اليد ما أخذت حتى تؤدى » في غير الفرض ، بسبب تفريط المالك ، لا مافي المسالك «من

(١و٢) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ .

أنّ « على » ظاهرة في وجوب الدفع و التكليف بالردّ ، فيكون مختصاً بالمكلّف » لماستعرفه .

نعم لو أتلفا المال مباشرة بأكل و نحوه ، أو تسبيباً باحراق و نحوه ، اتجه ضمانها مع تمييزهما ، وأطلق فيالمسالك وغيرها قال : لعموم [1]« من أتلف »الشامل للمكلف وغيره ، فيؤدّي حينئذٍ من مالهما إن كان وإلا تخلّصا منه بعد التكليف ، و فيه ما لا يخفى من أن السبب هنا أقوى من المباشر الذى هو كالحيوان بالجنون وعدم التمييز ، ولذا يحكى عن بعضهم عدم الضمان مطلقا ، كمالايخفى ما في الذى ذكره سابقاً في اليد ، ضرورةأنّ قوله «على اليد » أيضاً من خطاب الوضع الشامل للمكلف وغيره من حيث تسبيب الضمان ، وإن وجب الاداء بعد البلوغ ، ولفظ « على » إنّما يراد منها الاثبات في الذمّة ، لاتقييد موضوع ذلك بما إذا كان مكلّفاً .

نعم ربما فرق بين المميّز وغيره ، فحكم بضمان الاوّل ، دون الثاني الملحق بالمجنون ، لعدم قصد غيره إلى الاتلاف ، فكان كالدابة . لكن نظر فيه في المسالك « بان المقتضى و هو الإتلاف موجود ، و المانع غير صالح للمانعية ، أمّا القصد فلا مدخل له في الضمان وعدمه . كما يعلم من نظائره ، و أمّا تسليط المالك فانّه انّما وقع على الحفظ، لاعلى الاتلاف ، غاية مافي الباب أنه عرض ماله له ، بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ ، وهو غير كاف في سقوط الضمان عنهما لو باشراه ، بخلاف مالو تركا الحفظ ، والاقوى الضمان مطلقا .

قلت : لايخفى مافيه بعد إلإحاطة بما ذكرناه ، و التحقيق أن يقال : إن اليد بغير إذن شرعية ، من أسباب الضمان قطعاً ، من غير فرق بين المكلف وغيره ، فلوأودع صبي صبيّاً أومجنوناً أو مجنون صبيّاً أومجنوناًفتلف هي في يدهماكاناضامنين لذلك ، والفرق بينهما وبين الدّابة ، أنّ لهما ذمّة وملكا ، وغيرهما بخلافها ، وأي فرق في أسباب الوضع بين ذلك ، وبين الجناية والحدث وغيرهما .

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبارفمن اراد الاطلاع على مدركها فليراجع « القواعد الفقهيه » للسيد البجنوردى .

نعم في الفرض قد يتوقف في ضمانهما بالإهمال ، لا لعدم ضمانهما باليد ، بل من حيث حصول التلف للمال بسببين ، أحدهما من المالك ، وهو أقوى من الواقع من أحدهما ، خصوصاً مع عدم التمييز ، فيقوم ذلك مقام الإتلاف منه في أيديهما ، كما أومأ إليه المصنف ، بخلاف ما لو باشرا التلف مع تمييزهما ، فإنه لا إشكال في أنّ ما وقع منهما في إيجاد التلف في الخارج أقوى ممّا وقع منه ، الذي هو إيداعهما ، لا تسليطهما على تلفه وحينئذ فالميزان ذلك ، وهو الحكم بضمانهما باليد إلّا أن يحصل من المالك مباشرة تلف أو تسبيب أقوى من تفريطهما ، ولعلّه يختلف باختلاف التمييز ونحوه ممّا له مدخلية في علّة التلف وإيجاده لا ما ذكره ثاني الشهيدين من عدم ضمانهما باليد ، لعدم الدليل الذي قد عرفت إمكان دعوى القطع بفساده ، خصوصاً فيما يأخذانه بأنفسهما من دون علم من المالك بسرقة ونحوهما ، كما لا يخفى على من له أدنى خبرة بفقه أهل البيت عليهم السلام والله الموفق والعالم .

و أمّا العبد إذا استودع فأتلف فالاقرب أنه يتبع به بعد العتق ، و إن كان الإستيداع بإذن مولاه ، إذ هي لا تقتضي التزام المولى بذلك حتى في كسب العبد ، للأصل وغيره .

وإن كان بالإهمال مع فرض عدم كون القبول بإذن المولى ، فعن بعضهم لا شيء للمالك ، لعدم جواز قبولها وعدم وجوب الحفظ عليه ، فالتضييع للمال من المالك .

وفيه ما عرفت من اقتضاء اليد الضمان ، فيتجه حينئذ اتباعه به بعد العتق ، كما عن التذكرة والتحرير التصريح به ، كما لو كان القبول باذن المولى ، ولا رجوع بوجه على المولى حتى بالنسبة إلى كسب العبد ، إذ هو أولى من صورة الإتلاف التي قد عرفت أنّ الحكم فيها ذلك نعم لو كان تفريط العبد من المولى ، ولو بمنعه من الحفظ فالضمان عليه ، كما عن بعضهم التصريح به والله العالم .

﴿ وإذا ظهر للمودع أمارة الموت وجب الإشهاد بها ﴾ كما صرّح به غير واحد ، بل لا أجد فيه خلافاً بينهم ، نعم في القواعد إبدال ذلك بالوصيّة بها ، ولعلّه يريد ذلك ضرورة انحصار وجه وجوب ذلك في لزوم الحفظ ، وحرمة التفريط بها ،

وترك ذلك يقتضي ذلك ، فان الوارث بدونه يستحق بارثه جميع ماكان يده عليه ، وكذا الديان ، والوصية بها مع عدم الإشهاد لايرفع ذلك ، فلامحيص حينئذ عن إرادة معنى الإشهاد عليها من الوصية بها كالعكس ، بل هما بمعنى عند التأمل بعد معلومية انتفاء المعنى المعلوم من الوصية الراجعة إلى الثلث ونحوه ، ومن هنا يتجه القول بوجوب مايرفع ذلك ونحوه عنها ، من غير تخصيص بالاشهاد ونحوه .

نعم هو قد يجب في الجملة وذلك حيث يتوقف رفع ذلك عليه ، وإلا كان مخيرا بينه وبين غيره ، ومن ذلك يعرف مافي بعض كتب الأصحاب خصوصاً مافي المسالك وعلى كل حال فمتى أخل بما وجب مما يتوقف عليه الحفظ من ذلك ضمن ، لكن في التذكرة والمسالك لايستقر الضمان إلى أن يموت ، فيعلم التفريط في أول زمان ظهر فيه أمارة الموت ، سواء كان ذلك في ابتداء المرض ، أم في أثنائه .

وفيه أنه يقتضى سقوط الضمان بالإشهاد في آخر الأزمنة وإن فرط في أولها، وهو مناف لما تسمعه إنشاء الله من ضمان المفرط بتفريطه ، وإن عاد بعد ذلك الى مايراد منه من الحفظ ، ودعوى عدم تحقق التفريط إلا بترك الإشهاد في جميع الزمان إلى حصول الموت ، يقتضي عدم الضمان حينئذ فى أول الأزمنة ، بل بالأخير منها الذي تحقق به التفريط ، وهو خلاف ماذكره ، فالمتجه حينئذ تحقق الضمان بأول أزمنة التفريط ، وإن أشهد بعد ذلك .

هذا كله بناء على جواز بقائها وديعة عنده مع ظن الوفاة ، وإلا فقد يقوى وجوب الرد على المالك مع الإمكان وإلا فالحاكم ، وإلا فعدول المؤمنين ، ومع فرض التعذر يشهد عليها حينئذ ويوصي بردها ، وذلك لإطلاق وجوب رد الأمانة إلى أهلها ، والخطابات المطلقة فتضيق بظن الوفاة ، لعدم الوثوق حينئذ بزمان غيره لامتثالها ، و التضيق بالمطالبة لاينافي التضيق بذلك ؟

ودعوى اشتراط أصل الوجوب بالمطالبة ، يدفعها إطلاق أدلة التأدية والرد ونحوهما ، مؤيداً بمعلومية انفساخ أمانته بموته ، وصيرورة المال في يد غيره ، ولم يأذن المالك إلا بوضعه في يديه ، و مباشرة حفظه بنفسه ، والإشهاد والوصية لاترفع

ذلك ، بل قد يؤيّده أيضاً إيجاب الرّد عند السّفر ، ولا ريب في أولويّة المقام منه .

ولعلّه لذا وغيره حكي عن التذكرة وأكثر الشافعية ذلك ، أو ما يقرب منه لكن قيل : إنّه رجع عنه بعد ذلك إلى الاكتفاء بالوصيّة ، وظنّي أنه ليس رجوعاً ، بل كان ذلك منه لبيان الاكتفاء في الجملة ولو في بعض الأحوال ، ومنه يعلم عدم منافاة ما ذكرنا لإطلاق الأصحاب وجوب الإشهاد المحمول على إرادة بيان القضيّة المهملة للقطع بعدم إرادة تعيين ذلك على كل حال ، فإنّك قد عرفت عدم انحصار الطريق فيه ، ولعدم الدليل على وجوبه تعبّداً كما هو واضح بأدنى تأمّل .

ومنه يعلم ما في المسالك وغيرها من كتب الأصحاب ، بل لعلّ ما فيها لا يخلو من تناف فلاحظ و تأمّل .

ولو لم تظهر له أمارة الموت بل مات فجأة مثلاً لم يكن عليه ضمان قطعاً ، لعدم التفريط ، خلافاً للمحكي عن إيضاح الفخر من الحكم به أيضاً ، لانّ الوصية و الاشهاد سبب في منع الوارث من جحودها ، وفي وجوب أدائها ظاهراً إن علم بها ، وفي نفس الأمر إن لم يعلم ، وذلك كلّه سبب للحفظ ، فتركه ترك سبب الحفظ ، ولا معنى للتفريط إلاّ ذلك .

وفيه منع كونه مع ذلك سبباً عقلا أو شرعاً أو عرفاً و إلاّ لوجب الإشهاد على الوديعة من أوّل قبضها كي لا يكون مفرطاً ضامناً ، وهو معلوم البطلان ، والاحتمال إذا لم يكن جارياً مجرى العقلاء لا يلتفت إليه كما هو واضح بأدنى تأمّل .

نعم حيث يخشى عليهما التلف على وجه جار مجرى العقلاء كما إذا ظهرت أمارة الموت اتجه حينئذٍ وجوب الإشهاد والايصاء الذي يكون به حفظ الوديعة ، من غير فرق بين الوارث والاجنبي ، ولا عبرة بغيره كالايصاء إلى فاسق ، أو بلا إشهاد أو نحو ذلك ، كما لا عبرة بالايصاء بها بلا تعيين لها ولا لمكانها كقول (عندي وديعة) ، أو لفلان ، أو ذكر الجنس وأبهم الوصف ، كما لو قال عندي ثوب لفلان ، ضرورة عدم حفظها بشيء من ذلك ، فيتجه حينئذٍ ضمانه لها مع فرض معلوميتها عنده إلى المودِع

وأن كيفية إشهاده بها كانت كذلك ، إذهو حينئذٍ كما إذا لم يشهد ، من غير فرق مع ذكره الجنس ، بين أن لا يوجد في تركته ذلك الجنس ، أو يوجد متعدّداً أو متّحداً ، لحصول التقصير بترك البيان على كل حال ، و الوجود في التركة لايقتضي كونه الوديعة ، وأصالة بقائها لاتقتضي كونها المشخصة ، كي يكون شريكا مع التعدّر ومختصاً به مع الاتحاد .

وبذلك يظهر لك ما في المسالك من أنّه على تقدير التعدّد فهو بمنزلة خلطها بماله حيث لايتميّز ، فيكون تفريطا يوجب الضمان ثم قال : ولا يكون الموصى له شريكاً في الثياب الموجودة ، لاصالة عدم استحقاقه شيئاً في تركة الودعي ، و إن كان ضامناً لحقّه ، فيرجع إلى المثل أو القيمة ، ويحتمل كونه شريكاً لأصالة البقاء و إن حكم بالضمان ، كما لو مزجه بماله ولو وجد ثوب واحد ففي الحكم به للمالك وجهان ، مأخذهما أصالة بقاء حقّه الثابت بالاقرار ، فيستصحب إلى أن يعلم التلف حملاً لإطلاقه على الموجود ،لأصالة عدم غيره ، وأنّ الموجود محكوم بهتركةظاهراً وتقصيره في التمييز اقتضى ضمانها ، أمّا كونها الموجود فلا ، و لاحتمال أن يكون هو الوديعة - فلا يحكم بها مع قيام الاحتمال ، و ترك العمل بظاهر اليد ، و على تقدير عدم الحكم له به ، هل يحكم بضمان وديعته ، قيل : لا ، لجواز تلفها بغير تفريط قبل الموت ، والاقرار به لاينافيه ، وقيل : نعم ، لأصالة البقاء » إذ لا يخفى عليك مافيه ، ضرورة عدم صلاحية الأصول للتشخيص ، على أن الاحتمال في الصورة الاخيرة آتٍ في الصورتين الأوّلتين اللتين جزم بالضمان فيهما ، بل جعله في أوّلهما ظاهراً ، بل قد يقتضي التأمّل في أطراف كلامه أنّه غير محرّر لموضوع المسألة ، و أنه الوديعة المعلومة عنده إلى حال الموت ، لكنّه ترك الإشهاد بها اصلاً ، أو ترك المثمر منه ، لا الوديعة في الجملة ، فإنّ ذلك لايقتضي الضمان بأصالة بقائها ،وأصالة عدم الإشهاد بها ، فيكفي حينئذٍ في ضمان كلّ وديعة ادّعى بها على ميّت وأقيمت البيّنة على أصل استيداعه ، وإن احتمل الردّ والتلف بغير تعدٍّ ولا تفريط ، و نحو ذلك ، بدعوى أنّ ذلك هو مقتضى أصالة بقائها ، و أصالة عدم ردّها ، و أصالة عدم

الإشهاد فيتنقح حينئذ كونه مفرطاً ضامناً ، وهو كما ترى لاينبغي صدوره ممّن له أدنى مسكة ، ضرورة توقّف إثبات هذه الأصول ذلك على وسائط تقتضي الأصول عدمها ، على أنّ التفريط من الامور الوجودية التي لا يمكن إثباته بالاصول ، و إن تقوم بعض أفراده بالعدم ، ولكنّه ليس هو إلا تعريض المال للتلف ، ولو بعدم فعل ما يقتضي حفظه كما هو واضح .

فالتحقيق حينئذ الحكم بالضمان مع العلم بترك الاشهاد في الوديعة التي هي عنده حال الموت الذي هو التعريض لتلفها ، وبعدمه مع قيام احتمال التلف بغير تفريط ولو بعد الاقرار بها عند قيام أمارة الموت ، بناء على أنّ الضمان إنّما يكون بترك الاشهاد إلى حال الموت ، ويمكن أن يكون عدمه لحصول التلف بغير تفريط ، لأنّ الاصل البراءة .

﴿و﴾ بذلك بان لك الوجه في قول المصنف ف﴿لو لم يشهد و أنكر الورثة ، كان القول قولهم ، ولا يمين عليهم إلا أن يدّعى عليهم العلم﴾ كما هو الضابط في الحلف على نفي فعل الغير ، سواء كان المراد إنكار أصل الوديعة ، أو التفريط بترك الإشهاد ، لاحتمال تلفها بغير تفريط ، كما اعترف به في المسالك هنا ، قال :

« لو أقر الورثة بالوديعة ولكن لم توجد في التركة ، وادعى المستودع أنه قصر في الاشهاد ، و قال الورثة : لعلّها تلفت قبل أن ينسب إلى التقصير ، فالقول قولهم عملا بظاهر براءة الذمة » ، وقال أيضاً : « يمكن أن يكون المراد إنكار الورثة وجودها في التركة حيث لم يشهد عليها ، ولعلها تلفت قبل حصول مايوجب الاشهاد » فادعى المالك بقاءها وتقصيره في الاشهاد ، والكلام في المسألتين واحد .

وهو صريح فيما ذكرنا ، من أن عدم الاشهاد مع العلم بوجود أصل الوديعة لايقتضي الضمان ، لاحتمال كونه للتلف بغير تفريط .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿تجب إعادة الوديعة على المودع﴾ أو وليّه أو وكيله ﴿مع المطالبة﴾ في أوّل أوقات الإمكان ، بلا خلاف ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى ما دل من الكتاب والسنّة على الأمر بأداء الأمانة إلى أهلها ، وإلى عدم

جواز وضع اليد على مال الغير بغير إذنه ، والفرض عدمها هنا ، لانقطاع الاولى بالمطالبة .

نعم لاريب في اعتبار الإمكان عقلا بل وشرعاً ضرورة عدم التكليف أصلاً في الأوّل ، بل والثاني ، لأنّ المانع شرعاً كالمانع عقلاً إذا فرض رجحان مراعاته على وجوب ردّ الوديعة ، بل في المسالك « والمراد بالامكان مايعمّ الشرعي والعقلي والعادي ، فلو كان في صلاة واجبة أتمّها أو بينها وبينه حائل من مطر مانع ونحوه صبر حتى يزول ، أو في قضاء حاجة فالى أن ينقضي الضروري منها ، الى أن قال : « و هل يعدّ إكمال الطعام والحمّام وصلوة النافلة وانقطاع المطر غير المانع عذراً ، وجهان : و استقرب في التذكرة العدم ، مع حكمه في باب الوكالة بأنّها أعذار في ردّ العين ، و ينبغي أن يكون هنا أولى ، وهل التأخير ليشهد عليه عذر ؟ قيل : نعم ، ليدفع عن نفسه النزاع و اليمين لو أنكر الردّ ، و قيل : لا ، لأنّ قوله في الردّ مقبول فلا حاجة إلى البيّنة ، ولأنّ الوديعة مبنيّة على الاخفاء غالباً ، وفصّل آخرون تفصيلاً جيّداً فقالوا : إن كان المالك وقت الدفع قد أشهد عليه بالايداع فله مثله ، ليدفع عن نفسه التهمة ، وإن لم يكن أشهد عليه عنده لم يكن له ذلك » .

قلت: لم أجد في شيء من النصوص اعتبار الإمكان كي يرجع في صدقه إلى العرف ولا العذر حتى يكون الأمر فيه أيضاً كذلك ، وقد عرفت عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير إذنه .

نعم قد يتعارض وجوب الردّ مع الواجبات فيفزع إلى ترجيح ، وربما يرجح ردّ الوديعة فيما لو كان قد نذر الاعتكاف مثلا سنة في مكان مخصوص ، للضرر على المودع بحبس ماله عليه .

أللهمّ إلاّ أن يقال بترجيح كلّ ماسبق تعلّقه عليه ، وفيه منع ، لأنّ السبق لا يقتضي تأخير امتثال الخطاب الاخر الذي هو مطلق . ولا تخصيصه بذلك : فتأمّل .

كما أنه قد يقال : إنّ إطلاق الأمر بالتأدية يرجع فيه إلى المتعارف في ردّ الودايع ، فلا يجب عليه شدّة الاسراع بركض ونحوه ، ، إن اقترحه عليه المالك ، و كذا قطع الأكل و الحمّام والنافلة ونحوها ، ولعلّه لذا ونحوه يراد الفوريّة العرفية

لا العقلية في نفس التأدية .

وبذلك يظهر لك أنّ الميزان ماذكرناه ، لا الرجوع إلى صدق الامكان و العذر بعد ان لم يوجدا عنواناً في شيء من الأدلة ، وتظهر الثمرة في الضمان و عدمه مع التأخير الجايز له و غير الجائز .

وكيف كان يجب الردّ ﴿ ولو كان ﴾ المودع ﴿ كافراً ﴾ لاطلاق الأدلة ، و خصوص خبر الصيقل و غيره من النصوص المستفيضة [1] والمتواترة المأمور فيها بردّ الأمانة على صاحبها ، وإن كان قاتل عليّ أو الحسنين عليهم السلام أو اولاد الأنبياء أو مجوسيّاً أو شاميّاً أو حروريّاً ، المعمول بها بين الاصحاب ، عدا ما يحكى عن أبي الصلاح من أنه إذا كان المودع حربيّاً وجب على الودعي أن يحمل ما أودعه إلى سلطان الاسلام ، ورماه بعضهم بالشذوذ .

لكن ينبغي النظر في مثل الفرض المزبور ـ بعد معلومية جواز تملك مال الحربي ، وأنه فيء للمسلمين ، وأنه كالاموال المباحة ، و أنّ له التوصل إليه بكلّ طريق من الرّبا والسرقة وغيرهما أنه لايجوز للودعي تملكه في هذا الحال ، فيكون ذلك خارجاً من الرخصة في تملكه ، أو أنه و إن جازله ذلك إلا أنه يجب عليه ردّه له و إن ملكه ، عملاً بالدليلين معاً ، إلا أنّه لا يخفى صعوبة الالتزام بكلّ منها بل قد يتأمل في دلالة أدلة المقام على مثل ذلك و انما هي مساقة لبيان وجوب ردّ الوديعة على البرّ و الفاجر و المسلم و الكافر الذى يمكن تنزيله على محترم المال نحو النصوص في المقام ايضاً الدالة على احترام اموال المخالفين معللة بامامعهم في دار هدنة الى ان يظهر صاحب الامر عليه السلام فالمراد حينئذ وجوب ردّ الوديعة حينئذ على كل محترم المال في الدنيا للهدنة فيها و ان كان كافراً لا ان المراد وجوب ردها حتى على غير محترم المال من الكافر الحربي و نحوه مما جاز تملك ماله او ممن كان للودعي عنده مال غاصب له و اراد المقاصة من وديعته او نحو ذلك مما تطابقت عليه الادلة على جوازه ، ولا اقل من التعارض في الأدلة من وجه ، ولا ريب في

(١) الوسائل الباب ـ٢ـ و ٣ من ابواب احكام الوديعة .

رجحان أدلة المقاصة و ادلة حلية مال الكافر الحربى مثلاً ، خصوصاً بعد ظهور التعليل في بعض ادلة المقام « بائتمعهم فى دار هدنة » فى محترمى المال و بعد امكان حمل ماهنا على الكراهة من حيث الائتمان بخلاف تلك الأدلة.

بل قد يشكل ردّ المال على الحربى بكونه محكوماً بأنّه فيء للمسلمين ، و ملك لهم ، ولعلّه لذا سمعت الرجوع فيه إلى سلطان العدل من أبى الصلاح، وبالجملة قد ظهر لك من ذلك كله أنه إن لم يكن إجماع على وجوب الردّ حتى على الحربى وحتى على من عليه حقّ المقاصة وغيرهم ، أمكن المناقشة فيه بماعرفت. فتأمّل جيّدا و الله العالم .

نعم لا إشكال في وجوب الردّ على من لم يكن كذلك ﴿ إلاّ أن يكون المودع غاصباً لها فـ﴾ـإنّه لا يجب بل لا يجوز ردّها عليه ، لعدم الوديعة شرعاً بل ﴿ يمنع منها ، ولو مات فطلبها وارثه وجب الانكار ﴾ مع توقف الحفظ .

﴿ و يجب إعادتها على المغصوب منه إن عرف ، وإن جهل عرّفت سنة ، ثمّ جاز التصدق بها عن المالك ، و يضمن المتصدق إن كره صاحبها ﴾ لخبر حفص بن غياث (١) المنجبر ضعفه بعمل الأكثر « سألت أباعبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أومتاعاً ، واللص مسلم فهل يرد عليه قال : لايردّه ، فإن أمكنه أن يردّه على صاحبه فعل ، و إلاّ كان فى يده بمنزلة اللّقطة يصيبها فيعرّفها حولاً ، فإن أصاب صاحبها ردّها عليه ، و إلاّ تصدّق بها ، و إن جاء بعد ذلك خيّره بين الأجر و الغرم فإن اختار الأجر فله و إن اختار الغرم غرم له ، فكان الأجر له .

خلافاً للحلبى و الحلي ـ فأوجبا ردّها إلى إمام المسلمين ، ومع التعذّر يبقى أمانة ثمّ يوصي بها إلى عدل إلى حين التمكن من المستحق ، وعن الفاضل فى المختلف أنّه قوّاه ، لأنّه أحوط ، ولضعف الخبر الذى قدعرفت انجباره ، ـ وللمفيد والديلمى

(١) الوسائل الباب ـ ١٨ ـ من أبواب اللقطة الحديث ـ ١ .

فأوجبا إخراج الخمس قبل التصدق، ولم يذكرا التعريف، وللفاضل في الارشاد ، وتبعه الشهيد الثاني فخيّر بين الصدقة بها - بعد الياس و التعريف - مع الضمان ، وابقائها أمانة ، بل لعلّه ظاهر المصنف .

إلاّ أن الجميع كما ترى خصوصاً بعد ماسمعت من الخبر المعمول به بين الاصحاب الموافق للمعلوم من حكم مجهول المالك الذي ما نحن فيه فرد منه ، ولا ينافيه التعريف سنة الذي هو حكم اللقطة ، لا مجهول المالك الذي حدّ التعريف به اليأس لا السنة ، لامكان حمل الخبر المزبور على إرادة حصول اليأس بذلك غالباً ، أو على إرادة بيان أنّ الفرض مثل اللقطة التي عرفت حولاً في أصل التصدق بها و الضمان بقرينة قوله « وإلاّ » المراد منه عدم إمكان ردّه على صاحبه ، حتى بالتعريف لحصول اليأس منه .

ولعلّ ذلك على سبيل الوجوب، للأمر به ، وكونه طريقاً من طرق الايصال ، اللّهم إلا أن يكون المراد بالأمر الرّخصة في ذلك ، لأنّه في مقام توهّم الحظر ، ولأنّ الأمر به على حسب الأمر به في اللقطة ، المخيّر فيها بينه وبين إبقائها أمانة . ولانّ في الوجوب ضرراً عليه ، باحتمال الغرم .

ولعلّه لذا كان خيرة الفاضل وثاني الشهيدين ماعرفت ، ولعلّ الأولى من ذلك دفعه إلى إمام المسلمين أو نائبه الذي هو وليّ من لاولي له ، ليسلم بهمن الضمان ، وهو الذي لمحه الحلبي والحلي ، ولا مانع منه على إرادة الجواز أمّا الوجوب فهو مناف لظاهر أمر من في يده بالصدقة به .

ثمّ إن الضمان على تقديره هل هو بمعنى ردّه على صاحبه لوجاء ولم يجز أو بمعنى كونه كسائر الديون ، فيجب الايصاء به ، ويجب على الورثة ، وجهان :أوّلهما أنسب بأصل البراءة ، وثانيهما أنسب بقاعدة « على اليد » و « من أتلف » و «عدم إجازة الفضولي » .

﴿و﴾ على كل حال فـ﴿لو كان الغاصب مزجها بماله ، ثم أودع الجميع فإن أمكن المستودع تمييز المالين ، ردّ عليه ماله ومنع الآخر﴾ بلا خلاف ولا إشكال ،

﴿وان لم يمكن تمييزهما ﴾ ولو بالقسمة الإجبارية ﴿وجب إعادتهما على الغاصب﴾ عند الأصحاب على ما نسبه إليهم غير واحد ، بل عن الغنية والسرائر الإجماع عليه، تقديماً لاحترام المال المعلوم مالكه ، على غيره الذى لايمكن معرفته ليرد على صاحبه .

لكن في المسالك و تبعه عليه غيره« إنّ الأوفق بالقواعد ردّه على الحاكم مع إمكانه ، ليقسمه ويرد على الغاصب ماله ، ومع تعذّره يحتمل قوياً جواز تولي الودعي القسمة إن كان مثلياً ، وقدر حقّ الغاصب معلوماً ، جمعاً بين الحقين ، والقسمة هنا إجبارية ، للضرورة ، تنزيلا للودعي منزلة المالك ، حيث قد تعلّق بضمانه، وللحسبة ، ولو امتزج على وجه لايعلم القدر أصلاً ففيه إشكال ، ويتوجه حينئذ ما أطلقه الأصحاب إن لم يمكن مدافعة الغاصب على وجه يمكن معه الأطلاع على الحقّ ، ويحتمل عدم جواز الردّ مطلقا مع امكانه ، إلى أن يعترف الغاصب بقدر معيّن ، أو يقاسم لاستحالة ترجيح حقه على حق المغصوب منه ، مع تعلق الودعي بالحقين » .

قلت : لعلّ المتجه أولا قيام عدول المؤمنين مقام الحاكم مع تعذره ووكيله ، فإن تعذروا فالودعي اوغيره ممن يقوم مقامهم في الحسب ، كما أنّ المتجه الرجوع إلى الحاكم في صورة عدم العلم بالقدر ، بل لعلّها أولى من الأولى التي يمكن دعوى خروجها عن موضوع كلام الأصحاب ، المفروض فيه عدم إمكان التمييز حتى بالقسمة بعدم العلم بالقدر ، وربما يكون المتجه حينئذ ضمان الغاصب له بالمثل أوالقيمة أو الرجوع إلى الصلح معه من الحاكم أومن يقوم مقامه مع تعذر المالك ، وحينئذ يكون هو الوجه في الأمر بردّ الجميع على المالك ، مضافاً إلى الاجماع المزبور.

الامر ﴿ الثانى : فى موجبات الضمان

و ينظمها قسمان : التفريط و التعدي ﴾ بل قسم واحد ، و هو التقصير و إن حصرها بعضهم في ستة : الانتفاع بها ، والايداع ، والتقصير في دفع المهلكات ، والمخالفة في كيفية الحفظ ، والتضييع بأن يلقيها في مضيعة ، والجحود ، والأمر سهل بعد معلومية عدم ضمانها بدونهما إجماعاً بقسميه ونصوصاً ، والضمان مع كلّ منهما كذلك ، لصدق الخيانة المقابلة للإيتمان المجعول في النصوص سبباً أوعنواناً لعدم الضمان ، ولصدق الإتلاف والتضييع في الاوّل منهما ، والنصوص المتقدمة [١] في باب الرهن والمضاربة المشتملة على الضمان بالتعدي والإستهلاك ، بعد معلومية اشتراك الجميع في الحكم المزبور ، باعتبار كونها أمانة .

وما في بعض النصوص [٢] من عدم ضمان الثوب المرهون إذا تلف بترك نشره، معرض عنه ، وإن أفتى به بعضهم ، لكنه شاذ مع إمكان حمله على ما إذا لم يكن تفريطاً ، أو بنهي المالك عنه ، أوغير ذلك ممّا لابدّ منه ، للجمع بين النّصوص التى لاخلاف معتدّ به في الفتوى بها بالنسبة إلى ضمان كل أمانة بهما .

مضافا إلى مكاتبة محمد بن الحسن [٣] أبامحمد عليه السلام « رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره، فضاعت هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه فوقع عليه السلام هو ضامن لها انشاءالله » .

وكيف كان فقد فرق بينهما في المسالك بأنّ التعدى فعل مالايجوز فعله كلبس الثوب و نحوه و ﴿ أمّا التفريط ﴾ فأمر عدمي ، وهو ترك مايجب فعله من الحفظ

---

(١) الوسائل الباب -٧- من أبواب أحكام الرهن والباب -١- من ابواب احكام المضاربة .

(٢) الوسائل الباب -٦- من ابواب احكام الرهن الحديث -١ .

(٣) الوسائل الباب -٥- من ابواب أحكام الوديعة الحديث ١ .

ونحوه ، قلت : قد عبّر عنه في نصوص الرّهن بالاستهلاك والتضييع ونحو ذلك ممّا هو أمر وجودي أيضاً ، وإن تقوم بعض أفراده بالعدم ، فلا يكفي حينئذٍ في إثباته بالأصل كما أشرنا إليه سابقاً ولذا جعل المصنف وغيره من أمثلته ﴿أن يطرحها فيما ليس بحرز﴾ ويذهب عنها ، ولم يبق مراعياً لها بعينه التي هي حرز أيضاً ، ولا ريب في أنه وجودي .

نعم قوله ﴿ أو يترك سقي الدّابة أو علفها ،أو﴾ يترك ﴿ نشر الثوب﴾ مثلاً ﴿الذى يفتقر إلى النشر ﴾ قد يتوهم منه ذلك ، لكن المراد استهلاكه وتضييعه بترك ذلك ، لأنّ مجرد عدم ذلك ولو لإكراه ونحوه تفريط منه ، فيكون حينئذٍ وجودياً ، ولعلّ الأمر في ذلك كلّه سهل بعد الاتفاق على عدم قبول دعوى المودع عليه بذلك من دون بيّنة ، ولو لأنّه أمين يصدق في دعوى عدم التفريط ، أو لأن قوله موافق لأصالة البراءة من الضّمان الذى هو غير محتاج إلى واسطة ، بخلاف عدم نشر الثوب الّذى هو واسطة في اثبات الضمان .

وكيف كان فهو سبب من أسباب الضمان بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، فلا تفاوت حينئذٍ بين التلف به أو بغيره كيد العدوان التي هي سبب فيه وإن تلف بآفة سماوية ، وليس ذلك لانفساخ الوديعة ، بل هي باقية ، للأصل ، وعدم المنافاة بذلك في الأثناء لها ، نحو ما سمعته في مال المضاربة الذى قد تعدّى فيه العامل ، فإنه يقتضي الضمان وإن بقي العامل على مضاربته ، وتسبيبه الضمان على هذا الوجه ، إمّا للإجماع ، أو للخيانة ، أو للمكاتبة المزبورة أو لنصوص الرهن والمضاربة المشتملة على الضمان به وبالتعدى ، من غير تقييد بالتلف في خصوص ماصدر منه من التفريط والتعدى ، واختصاص المورد في بعض النصوص لايقتضي تخصيص الوارد ، إنما الكلام في اقتضاء ذلك الضمان منه ، حتى لو كان الجهل باحتياج الوديعة لذلك أو نسيان أو اكراه أو نحو ذلك ممّا يكون الودعي معذوراً فيه شرعاً ، وجهان وفي القواعد « ولو ضيّع بالنّسيان فالأقرب الضمان » كما عن التحرير والإيضاح

وجامع المقاصد ، وهو متجه لو ثبت تسبيبه على وجه يشمل الغافل والناسى ونحوهما ممّن هو غير مكلف ، و بذلك يفرّق بين الإتلاف وبينه ، بناء على ثبوت من أتلف أو نحوه ممّا يشمل هؤلاء أجمع .

ودعوى إقتضاء إطلاق [١] « على اليد» ذلك ، إنما خرج الوديع الذى لم يقع منه ذلك ولو نسيانا .

يدفعها أنه ليس بأولى من القول بأنّ إطلاق مادلّ على عدم ضمان الأمين يقتضى العموم ، وأقصى ماخرج منه العامد الآثم ، دون غيره ، ولعلّ هذا أولى ، ولا أقلّ من الشك ، والأصل البراءة .

لكن الانصاف إمكان مايقضي بتسبيب مباشرة الإتلاف ونحوه ، ممّا يصحّ النسبة معه حتى مع الغفلة والنسيان ، ولعلّ هذا هو المدار فى التفريط والتعدى فما كان من أفرادهما كذلك ضمن حتى مع النسيان ، وإلاّ فلا والله العالم .

وكيف كان فلا إشكال في الضّمان في الجملة بما سمعت من أمثلة التفريط ﴿أو يودعها من غير ضرورة ولا إذن﴾ فانه كذلك ، للخبر السّابق [٢] وللتعدى فيها ، من غير فرق بين الزوجة والعبد ، والخادم و نحوهم ، مع فرض عدم قرائن حاليّة أومقالية تقتضى الإذن بذلك و لابين الثقة وغيره ، ولا بين أن يجعل ذلك الغير مستقلا بها وشريكا في الحفظ ، بحيث يغيب عن نظره .

وفي المسالك « هو موضع وفاق ، ولأنه تصرف في مال الغير بغير اذنه لأن المالك لم يرض بيد غيره وأمانته ـ بل قال ـ : وفي حكم مشاركة غيره في الوديعة وضعها في محلّ مشترك في التصرف ، بحيث لايلاحظها في سائر الأوقات ، سواء كان خارجاً عن داره أم غير خارج ، نعم لو كان عند مفارقته لضروراته يستحفظ من يثق به ، ويلاحظ المحرز في عوراته ، رجح فى التذكرة اغتفاره لقضاء العادة به ، ولأنه ايداع عند الحاجة » .

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ .

(٢) الوسائل الباب ـ١٨ـ من ابواب اللقطه الحديث ١ .

قلت : لعلّه كذلك فيه وفي كلّ ماجرت العادة به في الودايع التي يمكن دعوى بناء العقد على ذلك ، وعلى فهمها من الإطلاق ، والأمر سهل .

إنّما الكلام في الضرورة التى ذكرها المصنف قال في المسالك : « لو حصل ضرورة الايداع بأن خاف عليها من سرق أو حرق أو نهب أو اراد سفراً وتعذر ردّها إلى المالك أو وكيله ، دفعها إلى الحاكم ، ولا يسمى ذلك إيداعاً ، فإن تعذّر أودعها العدل ، وهذا هو الخارج بالقيد ، فلا يجوز إيداعها للضرورة ابتداءً ، بل على الوجه الذى فصّلناه ، وسيأتي في كلامه التنبيه عليه » إلى غير ذلك من كلامهم الظاهر في جعل الضرورة عنواناً لجواز الايداع لكن ليس في شيء من النصوص ذلك كي يرجع في مصداقها إلى العرف ، وأنّ السفر للدنيا أو للآخرة أو للنزاهة ونحوها منها أولا .

ثمّ إنّه مع تعذر الحاكم ينبغي الرجوع الى عدول المؤمنين القائمين مقامه في الحسب ليكون علم الرّد للمالك لا إيداعاً للضرورة كما سمعته من المسالك ، واحتمال إرادته ذلك من ايداع العدل يدفعه قوله : إن هذا هو الخارج بالقيد الى آخره ، على أنه مع تسليمه قد يناقش بعدم كونه إيداعاً عرفاً أيضاً مع فرض عدم إذن المالك له ، ورخصة الشارع له فيه لاتصيّره وديعة عرفاً ، ودعوى حصول الإذن من المالك له في هذا الحال واضحة المنع ، فليس حينئذٍ إلاّ القول بأنه مخاطب بحفظها من جهتين ، احديهما من حيث كونه وديعة ، والأخرى من حيث أنها مال محترم ، فمع فرض الضرورة يتعين عليه ملاحظة الجهة الثانية ، فيودعها لذلك ، و ليس هذا وديعة إصطلاحاً ، إذهي استنابة من المالك في الحفظ ، وإنّما هو وضع منه لحفظها ، في يد غيره لأن له ولاية عليها بالنسبة إلى حفظها وإن لم يكن له ولاية على مالكها .

فاستثناء الضرورة حينئذٍ من عدم جواز الإيداع بهذا المعنى ، لا أنّ المراد جواز الإيداع من حيث كونه وديعة ، لكن حال الضرورة على معنى صيرورة الإيداع حالها من أفراد الحفظ الذى قد استفيد الإذن فيها من عقد الوديعة ، فتأمّل جيّداً فانه يترتب على ذلك ثمرات .

وبه يظهر الفرق بين حالي الضرورة ، والإذن الذي مرجعه إلى الرّخصة من المالك في حفظ الوديعة بهذا الفرد الذى لم يفهم من الإطلاق ، وهل يكون الوديع الثاني حينئذٍ وديعاً للمالك فلا ينفسخ بموت الوديع الأوّل مثلاً أو أنه وديع له لا للمالك.

ثمّ إنّه هل يحكم بالضمان مثلاً بمجرّد الإيداع ، حتى يعلم الضرورة أو الاذن ، أو يحكم بالبراءة حتى يعلم عدم الضرورة والإذن ، وجهان : وفي تصديق الأمين في دعوى الضرورة والأذن وجه ، وإن كان يقوى خلافه في الأخير ، كما أنه قد يقوى الحكم بالضمان بمجرد الإيداع مثلاً اوالسفر بها مع عدم ثبوت الضرورة والإذن ولو بدعواه ذلك ، بناء على تصديقه لموت ونحوه فتأمّل .

وعلى كل حال فقد ظهر لك أنّ من التفريط أو التعدي أن يودعها على الوجه المزبور .

﴿أو يسافر بها كذلك﴾ بلا ضرورة ولا إذن ﴿مع خوف الطريق وأمنه﴾ بلا خلاف أجده فيه ، لعدم تناول إطلاق العقد السفر الذي هو نوع تغرير بها إلاّ مع القرينة ، كما لو أودعه في حال السفر أو نحو ذلك ، والبحث في الضرورة والإذن على نحو ما سمعته في الإيداع ، حتى بالنسبة إلى الرّد على المالك أو وكيله أو الحاكم ، بل في التذكرة « لو سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الأمين ضمن عند علمائنا أجمع ، سواء كان السّفر مخوفا أو غير مخوف » بعد أن صرّح بعدم لزوم المقام عليه ، لحفظ الوديعة ، لأنه متبرع بإمساكها ، وإنّما يلزمه حينئذٍ الرّد إلى المالك أو الوكيل أو الحاكم أو الأمين كما أنه في محكي المبسوط نفى الخلاف عن عدم الضمان بالرّد إلى الحاكم أو العدل ، إذا أراد السّفر ، قال : « لأن السفر مباح ، فلو قلنا : ليس له ردّها لمنعناه من المباح الذي هو السّفر » .

نعم في المسالك هنا « فإن تعذر أودعها العدل ، فان فقد فلا يخلو إما أن يخاف عليها مع إبقائها في البلد أو لا فإن خاف جاز السفر بها كما سيأتي ، وهو الموافق لمفهوم العبارة هنا ، وإن لم يخف عليها فمفهوم قوله كذلك أي كالسابق ، وهو عدم

الضرورة والإذن أنه لايجوز السفر بها حينئذٍ ، وهو كذلك ، لأنّ الإذن مع الإطلاق إنما يتناول الحفظ في الحضر عملاً بالعادة ، ولان السفر لايخلو من خطر في الجملة، وللخبر إلى آخره » والخبر هو قوله ﷺ (١) «ان المسافر وماله لعلى تلف إلاماوقى الله » لكن هل يجب عليه الاقامة حينئذٍ مع عدم كون السّفر ضرورياً له ، أو يجوز له السّفر بها ضامناً لها والمحكى عن التذكرة بل والتحرير التخيير بين الأمرين الإقامة ، اوالسّفر بها ضامناً لها .

قلت : قد يقال : إن المتجه الأوّل للمقدمة ، واليه يرجع مافي المسالك حيث أنه بعد أن حكى عن التذكرة ماسمعت، قال : « والأجود المنع » لكن الأنصاف أنّه ينبغي التقييد بما إذا لم يتمكن من حفظها في محلّها وإن سافر عنها ، على وجه لايعد كونه مفرطا فيها ومضيّعاً لها ، وإلاّ جازله السفر مع ذلك ، بل قد يقال : بأن له مصاحبتها في سفره حافظاً لها مع فرض عدم امكان حفظها مع السفر عنها ، ولا تجب الإقامة معها ، ولا ضمان عليه اذالسفر ان لم يكن ضرورياله ، حال ضرورة تجوّز له مصاحبتها ، كما جوّزت له إيداعها من الثقة الذى قد عرفت عدم جوازه إلامع الإذن أو الضرورة التي منها ارادة السفر وان لم يكن ضرورياً ، فتأمّل .

ومن ذلك يعلم انه لوفرض كون السفر ضرورياً له أوضرورياً لها سافر بها حينئذٍ ، ولا ضمان عليه قال في التذكرة : « لو اضطر الى السفر بالوديعة بأن يضطر الى السفر وليس في البلد حاكم ولا ثقة ، ولم يجد المالك ولا وكيله ، أواتفق جلاء لأهل البلد ، أووقع حريق أوغارة أونهب ، ولم يجد المالك ولا وكيله ولا الحاكم ولا العدل ، سافر بها ولا ضمان إجماعاً ، لأن حفظها حينئذٍ في السفر بها ، والحفظ واجب ، فاذا لايتمّ الابالسّفر بها كان السفر واجباً ، ولانعلم فيه خلافاً » .

و في محكي المبسوط إذا كان البلد مخوفاً بفزع من النهب و الحريق فله أن يسافر بها ، ولا ضمان عليه بلاخلاف .

(١) أورده العجلوني فى كشف الخفاء بالرقم ٢١٠٢ و فيه « على قلت » و القلت الهلاك .

ولعلّ المحصّل من كلامهم مسائل ، منها : انّ له السفر وان لم يكن ضروريّا له ، ولا يحرم عليه السفر من جهتها كما سمعته من المبسوط والتذكرة ، إلاّ أنه يجب عليه الرّد المزبور ، وقد يناقش فيه ان لم يكن اجماعاً بأنه مخالف للسيرة المستمرة في جميع الأعصار والأمصار على السفر من الوديعين بدون ذلك ، والاكتفاء ببقائها في حرزها اللائق بها في داره التي بيد زوجته وأولاده وعياله ، وليس ذلك ايداعاً لها عندهم ، بل هو نحو اللبث أيّاماً عديدة لما دون المسافة للإعتكاف وغيره ، والوديعة في حرزها بيد الناظر لها ولداره من عياله وغيرهم ، ومع التسليم يتجه وجوب القيام عليه مقدمة للحفظ الواجب عليه .

واحتمال أنّ له فسخها في كل وقت ، باعتبار كونها عقداً جائزاً فيردّها حينئذٍ الى المالك أو وكيله أو الحاكم ، أو يودعها الى الأمين .

يدفعه ماتسمعه من المصنف وغيره من عدم جواز دفعها الى الحاكم مع عدم العذر ، وأنه يضمن بذلك ، و ماتقدم سابقاً من عدم جواز ايداعها الى الثقة الاّ لضرورة ، والفرض عدمها مع عدم كون السّفر ضروريّا له .

ومنها وجوب السفر بها مع الخوف عليها مقدمة للحفظ الواجب عليه ، وقد يناقش بعدم ثبوته على الإطلاق ، كي يكون ذلك واجباً عليه للمقدمة ، ولعلّه لذا جزم فخر الاسلام فيما حكي عنه بعدمه ، قال « لايجب السفر عليه لأجلها وإن خاف تلفها بدونه ، بل إن اختار السفر وجب عليه استصحابها فلا يكون السفر واجباً ، وإنما يجب مصاحبتها لو اختاره» بل لعلّه ظاهر كلّ من عبّر بجواز السفر ، كالمصنف فيما يأتي وغيره ، ودعوى إرادة الأعم من الوجوب ممنوعة فتأمل جيّداً و ربما يأتي لذلك تتمة انشاء الله .

ومنها التخيير بين السفر بها ضامناً لها أولا والاقامة مع تعذر النفقة وقد عرفت الحال فيه .

﴿و﴾ من التفريط أو التعدّي أيضاً ﴿ طرح الاقمشة ﴾ أو الكتب و نحوهما ﴿في المواضع التي تعفنها﴾ أو تفسدها مدة تكون به كذلك عادة ، بل في المسالك «يمكن

اعتباركونه ضرراً لها مطلقا ، فلايجوز وضع الثوب فيموضع يعفنه وإن عزم على نقله قبل الفساد ، نظراً إلى أنه ليس بحرزله عادة » وإن كان هوكما ترى ، ضرورة ملاحظة طول المكث وقصره في الحرز عادة كما هو واضح .

﴿وكذا﴾ يضمن ﴿ لو ترك سقي الدّابة وعلفها مدة لاتصبر عليها﴾ مثلها ﴿في العادة فماتت به﴾ لتحقق التفريط ، بخلاف موتها قبل ذلك فانه لم يتحقق التفريط ، والأصل البراءة من الضمان .

نعم لو اتفق بقاؤها وعدم فوتها بذلك كانت داخلة في ضمانه ، كما أنه لو نقصت بالترك المزبور ضمن النقص .

قال في التذكرة لو امتنع المستودع من ذلك ، وعن السقي والعلف حتى مضت مدة تموت مثل تلك الدابة فيمثل تلك المدة نظر ، إنماتت ضمنها ، وإنلم تمت دخلت في ضمانه ، و ان نقصت ضمن النقصان ، فان ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها » ومرجعه إلى ماذكرناه من عدم تحقق التفريط قبل مضيّها كما أنّ مرجع ماذكره المصنف إلى ذلك ، لاإلى إرادة اختصاص الضمان بالموت به ، كي يكون منافياً للمعلوم المقطوع به عندنا ، من ضمان ماتحقق به التفريط إنتلفت بأي سبب يكون .

وبذلك يعرف مافي المسالك ، فإنه بعد أنذكر ذلك قال : « فتعليق المصنف الحكم على موتها بسبب ترك ذلك مدة لاتصبر عليه عادة ، إن أريد به هذا المعنى ، فلا إشكال من هذه الحيثية ، لكن يشكل اختصاص حكم الضمان بموتها ، مع أنّها قدصارت مضمونة بالتفريط ، ومن شأن المضمون أن لا يفترق الحال بين تلفه ونقصه بذلك السبب وغيره وسيأتي له نظائر كثيرة فيكلامه ، وإن أراد به معنى آخر أخصّ ممّاذكرناه كماهو الظاهر ، أشكل الحكم ممّا سبق ، ومن توقف الضمان على ترك هذه المدة ، مع أن الواجب القيام بالمعتادمنه وبتركه يتحقق التفريط .

إذلايخفى عليك مافيه بعد الاحاطة بما ذكرناه ، من أن مراد المصنف العلم بتحقق التفريط بذلك ، إذ ترك المعتاد مع فرض عدم التعريض به لتلف مثل هذه الدّابة لايعد تفريطا قطعاً ، وإن قلنا بوجوبه عليه للعادة ، ثم قال : « وفي عبارة

العلاّمة ماهو أبلغ مماهنا ، فإنه قال في التذكرة و حكى هنا حكيناه ثم قال : هذه عبارته ، وقدعلّق الضمان فيها كماترى على ترك ذلك مدة يموت فيها عادة ، لاتاخيره زيادة على المعتاد ، ولا زيادة على ماتصبر عليه عادة ، مع أنك قد عرفت معنى عبارة المصنف ، وأن مرجعها إلى ما ذكرناه من عدم تحقق التفريط بدونه ، وعدم الضمان بالموت قبله .

﴿ القسم الثاني ﴾ في ﴿ التعدي ﴾

الّذي قدعرفت تسبيبه الضمان وهو ﴿ مثل أن يلبس الثوب ﴾ مثلاً للانتفاع به أوبلا قصدلاأن يلبسه لحفظه ﴿أويركب الدابة ﴾كذلك ﴿ أويخرجها من حرزها لينتفع بها نعم لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النيّة ﴾للأصل وعدم صدق الخيانة بالعزم على الانتفاع بها فيما يأتي من الزمان ، ولكن لم يفعل ، ولم يغيّر نيته في قبضه عن المالك .

أمّا لو نوى الغصب في استدامة القبض صار ضامناً وغاصباً لكونه كما لوقبضها من اوّل الأمر على وجه الخيانة، لاالأمانة على ما اعترف به في المسالك ، إلاّ انه قال بعد ذلك : وفي تأثير النية في استدامة الأخذ كما يؤثر في ابتدائه وجهان : من ثبوت اليد في الموضعين مقترناً بالنية الموجب للضمان ، ومن أنه لم يحدث فعلاً مع قصد الخيانة ، والشّك في تأثير مجرّد القصد في الضمان ، و تردّد في التذكرة ، ويتحقق ذلك في صور منها : أن ينوى الأخذ ولم يأخذأوالاستعمال ولم يستعمل أو أن لايردّ الوديعة بعدطلب المالك ولم يتلفظ بالجحود ، وغيرذلك فقدجزم المصنف فيماسبق بأنه لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النيّة » .

قلت : لايخفى عليك انفساخ الوديعة بتجديد النية في استدامة القبض أنه له لاللمالك ، فانّ قبول الوديعة كايجابها محتاج إلى استدامة النية السّابقة ، ولذلك قال الفاضل في القواعد في كتاب الغصب : « ان المودع إذا جحد أوعزم على المنع فق .

من وقت الجحود والعزم غاصب» ووافقه عليه غيره ، مع أنك ستسمع في الضمان بالجحود مايؤكد ذلك .

كما أنه ممّا ذكرنا ظهر لك الفرق بين نيّة الانتفاع بمعنى العزم عليها فيما يأتي من غير تغيير في استدامة القبض عن المالك ، وبينها مع التغيير المزبور ، وبه يجمع بين كلام الفاضل في الغصب الذي سمعته ، وكلامه هنا ، وهو «لو نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ به لم يضمن ، بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النية ، لأنّ سبب أمانته مجرّد النيّة ، وكذا أي يضمن لوجدّد الإمساك لنفسه ، أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع » .

و لعلّه أولى ممّا ذكره الشهيد في المحكي عن حواشيه من الجمع بينهما إن لم يرد ماقلناه ، فلاحظ وتأمّل فيه ، بل وفي ماذكره الفاضل من الفرق بين اللقطة والوديعة ، والأمر سهل بعد معرفة التحقيق في أصل المسألة .

﴿و﴾ على كل حال فـ﴿لو طلبت منه فامتنع من الرّد﴾ في اوّل أوقات الإمكان الذي هو بمعنى التمكين منها﴿ مع القدرة﴾ عقلاً وشرعاً وعرفاً على الوجه الذي تقدم سابقاً ﴿ضمن﴾ لانقطاع الإذن بالاستنابة في حفظها ، وتغيير يد الإيتمان حينئذٍ بيد العدوان كما عرفته فيما مضى مفصلا .

﴿وكذا﴾ يضمنها ﴿ لوجحدها﴾ بعد طلبه منها ﴿ ثم قامت عليه بينة أو اعترف بها ﴾ لما عرفت من انقطاع الإذن ببقائها بالطلب ، فهي حينئذٍ في يده مضمونة عليه ، مضافاً إلى خيانته بجحوده ، ولو جحدها ابتداءً أوعند سؤال غيره ففي المسالك «لم يضمن لأن الوديعة مبنية على الاخفاء فانكاره لها بغير طلب يوجب الرّد أقرب إلى الحفظ وهو كذلك مع العلم بأن جحوده لها لذلك .

أما إذا علم كونه لإرادة غصبها فالمتجه الضمان ، لانقطاع قبولها وديعة حينئذٍ بل قد يقال بذلك بجحوده الذي لا يعلم حاله ، أخذاً بظاهره ، إلّا أنّ أصالة البراءة واستصحاب الامانة وغيرهما يقتضي العدم ، ولعلّه الاقوى .

ولو لم يطلبها المالك ، لكن سأله عنها أوقال : لي عندك وديعة ، فأنكر ، ففي

الضمان قولان :

أحدهما : العدم كما عن التذكرة ، لأنه لم يمسكها لنفسه ، ولم يقرّ يده عليها بغير رضا المالك ، حيث لم يطلبها ومجرد السؤال لايبطل الوديعة ، ولا يرفع الأمانة بخلاف الطلب .

والثاني ثبوته لأنّ جحوده يقتضي كون يده ليست عن المالك ، لأن نفي الملزوم يقتضي نفي لازمه من حيث هو لازمه ، فلايكون أميناً عنه ، فيضمن كما عن الفخر والكركي ، وقدعرفت فيما مضى قوته ، وأنه لذلك يكون غاصباً ، ولوأظهر بجحوده عذراً بنسيان و نحوه لم يضمن إن صدقه المالك ، و إلاّ ضمن عملاً بظاهر الحال ، وأصالة عدم النيسان ، وستسمع في المسألة السابعة في اللواحق مايؤكد ذلك .

نعم لوكان الجحود لمصلحة الوديعة بأن يقصدبه دفع ظالم أومتغلب و نحوذلك لم يضمن ، ضرورة بقاء يده على الأمانة . و زيادة الاحسان في الفرض والله العالم .

﴿ويضمن لوخلّطها بماله بحيث لايتميز﴾ بلاخلاف أجده ، للتعدي بالتصرف الذى لاإذن فيه ، سواءكان بأجود أومساو أوأردى ، بل لو خلطها بمال للمودع كذلك ضمن أيضاً ، سواءكان وديعة أيضاً عنده أوأمانة أوغصباً ، ومنه يعلم أنّ سبب الضمان العدوان ، لاالشركة .

نعم في المسالك وغيرها عدم الضمان مع تمييز المالين إن لم يستلزم المزج تصرفاً آخر غير المزج منهياً عنه [١] ، كما لوكان المال في كيس مختوم و نحو ذلك ، فالضمان المنفي على تقدير الامتياز من حيث المزج ، وإن أوجبنا الضمان من حيثية أخرى ولعلّه كذلك ، للأصل ، إن لم نقل بتحقيق العدوان في نفس الخلط و المزج ، باعتبار كونه تصرفا في الوديعة غير ماهو نائب فيه ، ولا من مقدماته ، وإلاّ ففيه إشكال .

﴿وكذا يضمن لوأودعه مالاً في كيس مختوم﴾ أو في صندوق مقفل أومدفونا ﴿ففتح ختمه﴾ وقفله ونبشه وإن لم يكن بقصد أخذ شيء منه ، وكذا ماأشبه الختم في الدلالة على قصد المالك الإخفاء كالخياطة ونحوها .

(١) هكذا في النسخ و الظاهر « غير المزج المنهي عنه » .

نعم في المسالك ومحكي التذكرة عدم الضمان في حلّ مايقصد به المنع من الانتشار وإن كان للآخذ ولم يأخذ ، مع إمكان المناقشة فيه ، بأنّهما معاً تصرف غير مأذون فيه ، فهو تعدمًا هو نائب فيه ، فيضمن أيضاً كما اعترف به في جامع المقاصد اللّهم إلاّ أن يقال بكون العدوان الذى يتبعه الضمان خصوص مايصدق عليه الخيانة عرفاً من التصرف ، لامطلقا وإن أثم به ، باعتبار عدم الاذن فيه .

ولعلّه لذا جزم الأردبيلي فيماحكي عنه « بأنه لاضمان في شيء من ذلك ، حتى في فتح الختم ، للأصل ، وعدم التصرف والتقصير في الحفظ ، ولم يثبت كون هتك الحرز موجباً للضمان ، ولابد له من دليل » ، وهو جيّد إن لم يكن دليله الإجماع على الضمان بالتعدي الذي هو التجاوز عمّا يقتضيه إطلاق عقد الوديعة ، وإن لم يصدق به الخيانة أوأنها تتحقق به ، مضافاً إلى مايمكن دعوى استفادته من نصوص الرهن والمضاربة من الضمان بالتعدي مطلقا ، هذاكلّه في الختم من المالك .

أما إذا كان من الوديع ففتحه لم يضمن على ماصرّح به غير واحد ، إلاّ إذا كان بأمر المالك بعد الإستيداع أوقبله ، فانه كختم المالك ، ومن ذلك يعلم الحال فيما قيل : من أنّ المراد بالضمان في المتن وغيره ضمان المظروف ، كما صرّح به جماعة ، وأمّا الظرف ففي ضمانه وجهان ، واستقرب في التذكرة العدم ، لانه لم يقصد الخيانة في الظرف ، مع انه حكي عنها التوقف في الضمان بعدّ الدراهم الغير المختومة أو وزنها أو ذرع الثوب من انه تصرّف في الوديعة ، و من أنه لم يقصد الخيانة وردّ بأنّ المعتبر في الضمان التعدي بالتصرف في الوديعة بما لايقتضيه إطلاق عقدها ، لاقصد الخيانة ، ولايخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرنا وجه الكلام في المسألة .

ومنه يعلم ماعن المبسوط والتذكرة والتحرير ، وفي المسالك من أنه « لوخرق الكيس ، فان كان الخرق تحت موضع الختم فهو كفض الختم ، وإن كان فوقه لم يضمن إلاّ نقصان الخرق » .

﴿وكذا﴾ يعلم منه الحال أيضاً فيما ﴿لو أودعه كيسين فمزجهما﴾ بآخر حتى مع اتحاد المالك ، بل في المسالك « يمكن إرادة تعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج،

لاستلزامه التصرف في المالين بغير اذن المالك ، حيث اقتضى إخراج أحدهما من كيسه وصبّة على الآخر ، والظاهر أنه يضمن المخرج مطلقا ، وأمّا الأخير فان كان مختوماً ضمنه ، وإلاّ فلامع بقاء التمييز لأنّه لم يحدث فيه تصرفاً ممنوعاً منه مع احتمال الضمان وهو قول لبعض الأصحاب .

قلت : قدعرفت الوجه فيجميع ذلك ، وربما كان فيكلامه هنا منافاة لما ذكره سابقاً فيالخلط ، هذاكلّه إذا كان الكيسان للمودع أما إذا كانا للوديع فلاضمانمع بقاء التمييز ، لانّ له نقل الوديعة من محلّ إلى غيره ، وله تفريغ ملكه ، ولايتعين عليه الحفظ فيما وضع فيه أوّلا .

ولوأتلف بعضالوديعة المتصل ضمن الباقي ،كما لوقطع يدالعبد وبعض الثوب ولوكان منفصلاً أوالاتلاف خطأففي القواعد «ضمنه خاصةكما لوأخرج بعض الدراهم وقديشكل مع صدق الاتحاد عرفاً بتحقق الخيانة ، بلقديدعى أنّالمدار في الاتحاد ايداع الجميع بعقد واحد ، إلاأنه لايخلو من بحث والله العالم .

﴿وكذا﴾ يضمن الأمين على الدابة مثلاً ﴿لوأمره بإجارتها لحمل أخفّ ، فآخرها لأثقل أولأسهل فآجرها لأشق كالقطن و الحديد﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لصدق التعدّي والخيانة ، بل فيالمسالك « احتمال تحققه بمجرد العقد لتسليطه على الإنتفاع العدواني فيخرجعن كونه أميناًكما يضمن بجحوده بلبمجرد نيّتهعلىقول مع عدم فعل مايوجب الضمان » وإن كان لايخفى عليك مافيه بعد الإحاطة بما ذكرناه سابقاً .

كما أنّه لايخفى عليك ماذكره أيضاً فيها من أنّ المضمون على تقديرالمخالفة هو الجميع على التقديرين ، لتحقق العدوان في ذلك الانتفاع ، مع احتمالالتقسيط خصوصاًفيحمل الأثقل ، لأنّالقدر المأذون فيه ليس بمضمون ، وإنما التعدّيبالزائد فيقسط الزايد عليهما ، وعلى هذا فيعتبر في الآخر ما يساوي المأذون من الضرر،مع احتمال ضمان الجميع هنا و إن قلنا به ثم ، لان مجموع الحمل مغاير للمأذون ،

بخلاف الأثقل إذا كان الثقل مستنداً إلى زيادة المقدار مع اتحاد الجنس ، كما لو أذن له في حمل قفيز فآجرها لقفيزين ، ضرورة كون مراد المصنّف ضمان نفس العين التي لا ينبغي التوقف في ضمانها أجمع بالتعدى المزبور ، وأمّا المنفعة فللبحث فيها مقام آخر والله العالم .

﴿ ولو جعلها المالك في حرز مقفل ، ثم أودعها ففتح المودع الحرز و أخذ بعضها ضمن الجميع ﴾ لصدق التعدى و الخيانة بذلك ، بل قد عرفت تحققهما بالفتح وإن لم يكن للأخذ ، بل ربما قيل بذلك بنيّة الأخذ ﴿ ولو لم تكن مودعة في حرز ، أو كانت مودعة في حرز للمودع ﴾ بفتح الدال ﴿ فأخذ بعضها ضمن ما أخذ ﴾ خاصة بأخذه و إن لم يصرفه ، لصدق التعدى والخيانة فيه دون غيره ، و الفتح إنّما هو في ملكه ، ولا أقل من الشك ، والأصل يقتضي عدم الضمان .

لكن قد تقدم ما يعلم منه البحث في ذلك ، كما أنّه قد تقدم ما يعلم منه حكم الشدّ بأمر المالك بعد الاستيداع وقبله وحكم نيّة الأخذ من الوديعة في الأثناء و الابتداء .

لكن في المسالك هنا « أنه لو نوى التصرف في الوديعة عند أخذها بحيث أخذها على هذا القصد كانت مضمونة عليه مطلقا ، لأنّه لم يقبضها على وجه الأمانة ، بل على سبيل الخيانة ، وفي تأثير النيّة في استدامة الأخذ كما تؤثر في ابتدائه وجهان : من ثبوت اليد في الموضعين مقروناً بالنيّة الموجب للضمان ، و من أنّه لم يحدث فعلاً مع قصد الخيانة ، و الشك في تأثير مجرد القصد في الضمان ، و تردّد في التذكرة ، ويتحقق ذلك في صور ، منها : أن ينوى الأخذ ولم يأخذ أو الإستعمال ولم يستعمل ، أو أن لا يردّ الوديعة إذا طلب المالك ، ولم يتلفظ بالجحود و غير ذلك ، وقد جزم المصنف فيما سبق بأنه لو نوى الإنتفاع لم يضمن بمجرّد النيّة » .

قلت : لكن قد عرفت الفرق بين العزم على الانتفاع مع بقاء القبض عن المالك وبينه مع نية كون القبض له ، ضرورة تحقق الغصب في الثاني كما اعترف به في القواعد

وجامع المقاصد وغيرهما ، بخلاف الأوّل .

﴿ و ﴾ على كلّ حال ﴿ لوأعاد بدله لم يبرأ ﴾ إلاّ مع إجازة المالك ، لعدم صيرورته بدلاً بدون قبض المالك ، ﴿و﴾ حينئذ ف﴿لو أعاده ومزجه بالباقي ضمن ما أخذه ﴾ خاصة مع التمييز ، بل الجميع في وجه تقدّم سابقاً .

﴿و﴾ أمّا﴿ لو أعاد بدلهومزجهببقيّة الوديعة مزجاً لايتميز ضمن الجميع﴾ قطعاً لما سمعته من تحقق التعدى بذلك ، ولو أعاد عين المأخوذ لم يزل الضمان عنه، كما لم يزل بالرجوع عن كل تفريط وتعد ولا يتعدى إلى الباقي و إن مزجه بحيث لايتميز ، لأن الجميع مال المالك ، غايته أنّ بعضه مضمون ، و بعضه غير مضمون ولأنّ هذا الاختلاط كان حاصلا قبلالأخذ ، وعلى هذا لوكان الجميع عشرةدراهم وأخذ منها درهماً ثمّ ردّه إليها وتلف بغير تفريط لم يلزمهإلا درهم ، و او تلفمنها خمسة لزمه نصف درهم ، وهكذا .

قلت : قد يتوقف في تنقيح قاعدة تقتضي ذلك ، أللهمّ إلاّ أن تكون هي قاعدة الاشتراك في الملك بالمزجالقهري ، وفيالعين بقيام الاحتمال منهما مع عدم الترجيح وإلاّ فقاعدة « على اليد » تقتضى ضمان المأخوذ حتى يعلم أداؤه إلى مالكه ، فيلزمه حينئذ ضمان الدّرهم مع تلف الخمسة أيضاً ، لعدم العلم بالأداء مع دفع الباقي إلى المالك هذا .

والظاهر أنّه لا فرق في جميع ما ذكرنا بين الأخذ بقصد العدوان ، و بينه بقصد القرض ، بعد فرض عدم جوازه له ، لعدم الإذن ولو فحوى ، لكن في خبر الخثعمي [1] عن الصادق عليه السلام « قلت له : الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن صاحبه فقال : لايأخذ إلاّ أن يكون له إذن ، قال : قلت : أرأيت إن وجد من يضمنه ، ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسهالذى يضمنه يأخذ منه ؟ قال : نعم».

وفي خبر علي بن جعفر[2] عن أخيه موسى عليه السلام المروي عن قرب الأسناد و

(١) الوسائل الباب ــ٨ــ من ابواب احكام الوديعة الحديث ــ١ .

(٢) الوسائل الباب ــ٨ــ من أبواب احكام الوديعة الحديث ــ٢ .

مستطرفات السرائر « سألته عن رجل كانت عنده وديعة لرجل فاحتاج إليها هل يصلح له أن يأخذ منها ، وهو مجمع أن يردّها بغير إذن صاحبها ؟ قال : إذا كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذه ويردّه » .

إلاّ أنّه لم أجد عاملا بشيء منهما ، لمنافاتهما أصول المذهب ، ضرورة عدم اقتضاء عقد الوديعة الوكالة في القرض والاستيفاء ، فلا محيص عن طرحهما أو حملهما على الفحوى أو نحو ذلك و الله العالم .

الامر ﴿ الثالث :

في اللواحق : و فيه مسائل ﴾ .

﴿ الاولى : يجوز السفر بالوديعة ، إذا خاف تلفها مع الاقامة ﴾ وقد تعذر الردّ إلى المالك أو وكيله أو الحاكم أو الايداع إلى ثقة ولا يرتفع الخوف عليها به ، بل قيل : إنه يجب عليه السفر بها حينئذ ، وقد عرفت البحث فيه سابقاً .

﴿ ثم ﴾ إنّه على كل حال ﴿ لايضمن ﴾ لعدم كونه متعدّياً ومفرطاً في هذا الحال ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لا يجوز السفر ﴾ بها حينئذ ﴿ مع ظهور أمارة الخوف ﴾ ضرورة عدم كونه حفظاً لها ، إذ السفر في نفسه مخاطرة ، كما قال النبي صلى الله عليه وآله [(١)] المسافر وماله على تلف إلاّ أن يشاء الله » .

﴿ و ﴾ حينئذ ف ﴿ لو سافر و الحال هذه ضمن ﴾ للتعدي و التفريط ، نعم لو فرض كونه في هذا الحال أحرزلها من البقاء ، ارتفع الضمان حينئذ .

المسألة ﴿ الثّانية : لا يبرء المودع إلاّ بردّها إلى المالك أو وكيله ﴾ العام او الخاص ﴿ فان فقدهما فالى الحاكم ﴾ الذى هو ولى الغائب في حفظ ماله لكن ﴿ مع العذر ﴾ للموديع كالعجز عن حفظها ، أو عرض له خوف يفتقر معه إلى السير المنافي لرعايتها ، أو خاف عليها من السّرق أو الحرق أو النهب أو نحو ذلك من

---

(١) راجع كشف الخفاء للعجلونى الرقم ٢٠١٢ .

الضروريات .

﴿ ومع عدم العذر ﴾ لم يجزله دفعها ، فلودفعها حينئذ﴿ يضمن ﴾لان المالك لم يرض بيد غيره ، والفرض عدم الضرورة لاخراجها من يده ، فيجب عليه حينئذ حفظها إلى أن يجد المالك ، أويتجدد له عذر ، و في المسالك « هكذا ذكره الاصحاب ولا نعلم فيه خلافاً بينهم ، ووافقهم جماعة من العامة ، ولكن قد يقال : إن لم يكن اجماعاً بعد جواز فسخ الوديعة له في كل وقت ، وحينئذ تكون أمانة شرعية في يده يجب ردّها على المالك أووكيله أووليّه وهو الحاكم وإن لم يكن ضرورة ، بل قد عرفت سابقاً من إطلاق كلامهم ، بل هو صريح بعضهم جواز السفر عنها وإن لم يكن لضرورة ، إلاّ أنّه يدفعها إلى المالك أووكيله أوالحاكم أوالعدل ، بل قد عرفت أيضاً غير ذلك ممّا يظهر بعد التأمّل في ملاحظة مافي كلام الأصحاب من التشويش في جملة من الأمور ، فلاحظ وتأمّل .

وعلى كل حال فحيث يجوز دفعها إلى الحاكم هل يجب عليه القبول لأنه ولي الغائب ومنصوب للمصالح ، أولا، للأصل ، ولعلّ الأول أقوى، وكذا لوحمل اليه المديون الدين مع غيبة المدين والمغصوب ونحو ذلك .

﴿ولو فقد الحاكم وخشي تلفها ﴾ مثلاً ﴿جاز إيداعها من ثقة ولو تلفت لم يضمن﴾ لعدم صدق التعدي والتفريط في الفرض الذى هو أحد أفراد الحفظ المأمور به في هذا الحال ، لكن قد عرفت فيما مضى أنّ ذلك فسخ للوديعة ، والدفع إلى العدل باعتبار قيامه مقام الحاكم في الحسب ، أو أنّها باقية على الوديعة عنده ولكن جاز له ان وجب عليه حفظها بهذا الطريق في هذا الحال وان لم يجز اختياراً وكذا الكلام في

المسألة ﴿الثالثة﴾ التى هي ﴿لوقدر على الحاكم ، فدفعها إلى الثقة ضمن﴾ ضرورة مرجع الجميع إلى وجوب هذا الترتيب ، وقد قدّ منا سابقاً مايستفاد منه التوقف في وجوب ردّها مع السفر على الوجه المزبور وأن السيرة والطريقة على خلاف ذلك بل قد يقال حتى لوكان المالك حاضراً ولم يطلبها ، ـ وما يستفاد منه أيضاً عدم اعتبار كون السفر ضرورياً ، وأنّ الردّ إلى العدل مع فرض عدم كونه لقيامه مقام الحاكم ،

كما هو صريح ماسمعته سابقاً من المسالك بل وغيرها ، ـ لادليل على وجوب تعيّنه، ضرورة كونه حينئذٍ أحد أفراد الحفظ ، المخيّر فيها في هذا الحال بعد فرض جواز السفر له ، بل ربما يتفق الأحرز منه وبهذا يظهر لك النظر في .

المسألة ﴿الرابعة﴾ وهي ﴿إذا أراد السفر فدفنها﴾ في حرز أوغيره أعلم بها العدل أولا ﴿ضمن إلاّ أن يخشى المعاجلة﴾ كما في القواعد والإرشاد ، ضرورة ابتناء ذلك على ماسمعته من وجوب الرّد على الترتيب المزبور ، والدّفن مناف له ، والإعلام ليس ردّاً ولا ايداعاً ، وفيه ما عرفت من عدم الدليل على إيداع العدل بخصوصه ، بل هو أحد أفراد الحفظ ، كما أنه لوخشي المعاجلة ، أي خاف عليها من معاجلة السارق و الظالم لم يضمن حينئذٍ بالدفن المراعي مقدار ما يتمكن منه من الحرزية و الإعلام و نحوهما ، لانحصار طريق حفظها حينئذٍ بذلك ، و كذا لوكان السّفر ضرورياً له وخاف معاجلة الرفقة ، فدفنها مراعياً ماسمعت بعد تعذر ماوجب عليه من الرّد على الوجه المزبور ، ولكن قدتقدم لك مايعرف منه وجه النظر في ذلك والله العالم .

المسألة ﴿الخامسة : لوأعادالوديعة بعد التفريط﴾ أوالتعدي بأن لبس الثوب ثم نزعه ﴿إلى الحرز لم يبرأ﴾ من الضمان للأصل وغيره ﴿ولو جدّد المالك له الإستيمان﴾ بأن فسخ العقد السابق ورجع المال إلى يده ثم أودعه جديداً أو قلنا بكفاية تجديدالعقد وإن لم يرجع المال إلى يده على حسب ماسمعته في رهن المغصوب ﴿برء﴾ من الضمان أيضاً بلا إشكال .

وأمالوقال أذنت لك في حفظها أوأودعتكها أواستأمنتك عليها أو نحو ذلك مع عدم فسخ العقد الأوّل فالأقوى عدم البراءة من الضمان ، للأصل وعدم صيرورته وديعة جديدة بذلك ، إذهو بالتفريط السابق لم ينفسخ عقد أمانته ، ولم يرتفع الإذن له في حفظها و إنمّا صارت به وديعة مضمونة ، فما في المسالك ـ من توجيه عدم الضمان بانّه إنّما كان لحق المالك وقد رضي بسقوطه بإحداثه ما يقتضي الأمانة ـ لايخفى

مافيه ، كما أنّ قوله فيها أيضاً « ويمكن بناء مانحن فيه على مسألة أنّ الغاصب إذا استودع هل يزول الضمان عنه أم لا» كذلك أيضاً ، لما عرفت من عدم انفساخ العقد الأوّل المقتضى لبقائها وديعة مضمونة بالسبب الذي اقتضى الضمان ، لاالفسخ ، بل وكذا ماذكره فيها أخيراً من أنّ الأقوى هنا زوال الضمان ، لأن المستودع نائب عن المالك ، فكان يده كيده وقبضه لمصلحته في الحفظ ، فكان في يده بمنزلة ما إذا كان في يد المالك ، بخلاف الرهن ، ضرورة اتحاد الرهن والوديعة من حيث النيابة عن المالك في الحفظ ، فالمتجه حينئذٍ ماعرفت ، إلاّ أن يراد بذلك البراءة من الضمان ،وحينئذٍ يكون ذلك من القسم الثالث الذى اشار اليه المصنف بقوله :

﴿وكذا لو أبرأه من الضمان﴾ ولكن فيه إشكال بعدم دليل صالح لقطع أصالة الضمان ، ضرورة عدم ثبوت مال في الذمة يكون مورداً للإبراء فإنّ المراد من الضمان اشتغال ذمّته لو تلفت بالمثل أو القيمة ، فهو كما لو قال للغاصب أبرأتك من ضمان المال المغصوب في يدك ، ونحوه ممّا هو ابراء عمّا لم يجب بعد .

ودعوى ـ كون المراد من الإبراء اسقاط الحق الذي هو تأهل الذمة للإشتغال على تقدير التلف ـ يدفعها منع سقوطه بذلك ، للأصل ، ولظاهر مادلّ على سببية الضمان ، الشامل لصورة الإسقاط السالم عن معارضة ما يقتضي صحّة هذا الإسقاط على وجه يترتب عليه السقوط لمثل مانحن فيه ، المحتمل كونه كحق التحجير ونحوه والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿لو اكره على دفعها إلى غير المالك ، دفعها ولا ضمان﴾ وفاقا للمشهور نقلاً إن لم يكن تحصيلاً ، لضعف المباشرة وقوّة السّبب ، ولأصالة البراءة ، و للضرر بترك التسليم ، فيباح له شرعاً ، و يكون مندرجاً في نبوي" [١] الرفع ، المقتضي رفع الحكم وضعاً و تكليفاً إلاّ ما خرج ، خلافاً للمحكي عن أبي الصلاح ، فأوجب الضمان لكونه متلفاً ، إذ الفرض أنه باشر الدفع بنفسه ، لأنّ

---

(١) الوسائل الباب ـ ٥٦ ـ من ابواب جهاد النفس الحديث ١ـ٣ .

المكره باشر الأخذ فيشمله عموم من أتلف ، ونحوه ، وان كان له الرجوع على المكره باعتبار قوته ، فقرار الضمان عليه .

لكن قد يشك في تناول الأدلة لمثل الفرض الذي هو فيه من المحسنين الذين لم يجعل الله عليهم سبيلاً ، فضلاً عن الضرر البين حال عدم التسلط على المكره ، وقد تقدم سابقاً الكلام في المسألة في الجملة والله العالم .

المسألة ﴿السادسة إذا أنكر الوديعة أو اعترف وادّعى التلف أو ادّعى الرّد ، ولا بيّنة ، فالقول قوله﴾ بلا خلاف ولا إشكال في الاوّل ، لعموم [1] « البيّنة على المدعي واليمين على من انكر » و على المشهور في الثاني شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً ، سواء أسنده إلى سبب أولا ، وسواء كان ظاهراً كالغرق والحرق ، أو خفياً كالسرقة ونحوها ، بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا ، بل لم يحك الخلاف فيه إلا من الشيخ في المبسوط ، فلم يقبل قوله إلاّ بالبيّنة في التلف بأمر ظاهر ، لعموم البينة ، لكن رماه بعضهم بالشذوذ ، والعموم المزبور يجب تخصيصه بالاجماع الظاهر ، أو المحقق المحكي أو المحصّل .

والمرسل [2] في المقنع عن الصّادق عليه السلام « عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله ؟ قال : نعم ولا يمين عليه » ولأنه أمين محسن ، قابض لمصلحة المالك فهو أولى من المضارب الذي قد يظهر من جملة من النصوص المفروغية من تصديقه في ذلك ،ولذا احتيل للاستيثاق بجعل المال بعضه قرضاً .

مضافاً إلى قول أبي جعفر عليه السلام [3] «لم يخنك الأمين ، ولكن ائتمنت الخائن» بناء على أنّ المراد من هذا وشبهه الحكم شرعاً بعدم خيانة كل أمين لك ، وأنه متى ائتمنت كان غير خائن لك شرعاً ، ولكن إذا خوّنته فاللّوم عليك حيث أنك ائتمنت

---

(١) المستدرك ج٣ ص ١٩٩ الوسائل الباب ٢٥ من ابواب احكام الدعوى الحديث ـ ٣ .

(٢) (٣) الوسائل الباب ـ٤ـ من ابواب احكام الوديعة ـ الحديث ـ ٧ ـ ٨

الخائن بزعمك .

وإلى قول الصادق عليه السلام في خبر مسعدة بن صدقة [١] « ليس لك أن تأتمن من خانك ، ولا تتّهم من ائتمنت » وخبر مسعدة بن زياد [٢] عنه عن أبيه أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال : « ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته ، ولا تأتمن الخائن وقد جرّبته » فتأمّل .

بل عن أبي علي وأبي الصلاح أنّه لا يمين عليه إلا مع التهمة للمرسل [٣] « لا يمين عليه إذا كان ثقة غير مرتاب » بل عن الصدوق والشيخ في النهاية وابن حمزة أنه لا يمين عليه مطلقا ، بل في الفقيه قضى مشايخنا رضي الله عنهم على أن قول المودع مقبول ، فإنه مؤتمن ولا يمين عليه ، ولكنّ الأقوى الأوّل ، لقاعدة انحصار ثبوت الدعوى بالبينة واليمين .

وكذا يصدّق لو ادّعى الرّد إلى المالك أو وكيله على المشهور ، بل عن جماعة الإجماع عليه ، بل أرسلوه في غير المقام إرسال المسلّمات ، وهو الحجة ، مضافاً إلى كونه أميناً وإلى غير ذلك مما سمعته في دعوى التلف ممّا يمكن إجراؤه هنا ، فما في القواعد وغيرها من النظر في ذلك في غير محله . نعم لا يقبل قوله في ذلك في الرّد على الوارث ، لأنه لم يأتمنه .

﴿و﴾ على كل حال فـ﴿للمالك﴾ حينئذ ﴿إحلافه على الأشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده ﴿أمّا لو دفعها إلى غير المالك وادّعى الأذن﴾ من المالك في ذلك ﴿فأنكر﴾ المالك فلا ريب ﴿فـ﴾ ي أن ﴿القول قول المالك مع يمينه﴾ لعموم قوله [٤] « البينة على المدعي واليمين على من انكر » الذي هو المالك هنا ، لأنه هو الموافق للأصل .

ثم المدفوع إليه إن كذّبه فالقول قوله أيضا ، لأن الأصل عدم الدفع ، وإن صدقه ردّت العين إن كانت باقية ، وإن كانت تالفة ، كان المالك بالخيار بين الرجوع

---

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب -٤- من ابواب احكام الوديعة الحديث -٩- ١٠-٧ .

(٤) المستدرك ج ٣ ص ١٩٩ .

على من شاء منهما .

﴿ولو صدقه﴾ أي المالك ﴿على الإذن﴾ وأنكر التسليم فكدعوى الرّد الذي عرفت الحال فيه ، ضرورة كونه حينئذٍ وكيلاً ، ودعوى الرّد عليه كدعوى الرّد على الموكّل .

وأمّا لو صدّقه على التسليم أيضاً لمن أذن له ﴿ لم يضمن ﴾ الوديع بإنكار المأذون ﴿ وإن ترك الإشهاد على الأشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، حتى لو قلنا به بالنسبة إلى وفاء الدين ، لأنّ مبنى الوديعة على الإخفاء ، وفي المسالك عن بعضهم الضمان في الدين والوديعة ، كما عن آخر نفيه فيهما ، ولعلّه لايخلو من قوة لعدم تحقق التفريط والله العالم .

المسألة ﴿السّابعة : إذا أقام المالك البيّنة على الوديعة بعد الإنكار﴾ لأصل الايداع ﴿ فصدقها ثم ادعى التلف قبل الإنكار لم تسمع دعواه ﴾ المنافية لإنكاره الأوّل الذي هو بمنزلة الاقرار بالنسبة إلى ذلك في حقّه ، فيتناقض حينئذٍ كلاماه ولا يتوجه له يمين ولا إقامة بينة بعد أن كذّبها بإنكاره الاوّل ، و﴿لا﴾ نه قد حصل منه بانكاره سبب ا﴿شتغال ذمّته بالضمان ﴾ فلا تسمع دعواه ، لكونه كالاقرار منه بالضمان ثمّ الرجوع عنه .

ولكن في المتن ﴿ ولو قيل تسمع دعواه وتقبل بيّنته كان حسناً ﴾ لعموم قوله [(١)] « البينة على المدعي» ولجواز استناده إلى النسيان ، بل عن الفاضل في التذكرة اختياره ، كما عنه في المختلف أنه لاتسمع يمينه ، ولاتقبل بينته ، لكن له إحلاف الغريم ، وهو اوسع من سماع دعواه ، فيكون في المسألة أقوال ثلاثة ، الاّ أنه لايخفى عليك ما في الأخيرين المنافيين لأصالة عدم النسيان .

وفي المسالك « إنّ فيها قولاً رابعاً ، وهو أنه إن أظهر لإنكاره تأويلاً ، كقوله ليس لك عندي وديعة يلزمني ردّها أوضمانها ونحو ذلك ، قبلت دعواه ، وسمعت

(١) الوسائل الباب -٣- من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث -٥ .

بينته ، وان لم يظهر له تأويلا لم يقبل » و عن الشهيد الاوّل اختياره .

ولكن فيه أنه خروج عن مفروض المسألة بناء على إرادة إبراز دعواه بالعبارة المزبورة ، و إن كان المراد اظهار التأويل بعد أن ذكر العبارة التي ظاهرها إنكار أصل الايداع لم يسمع ذلك منه ، عملاً بظاهر كلامه .

ومن هنا قال في المسالك بعد أن ذكر الأقوال أجمع «هذا كلّه إذا كان الجحود بانكار أصل الايداع ، أمّا لو كانت صورته لايلزمني شيء أولا يلزمني تسليم شيء إليك ، أو مالك عندي وديعة ، أو ليس لك عندي شيء ، فقامت البينة بها ، فادعى التلف أو الردّ سمعت دعواه و بينته ، لعدم التناقض بين كلاميه » ونحوه ما في القواعد قال : «وإن أقيمت عليه البينة فادّعى الردّ أو التلف من قبل ، فإن كان صيغة جحوده انكار أصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ، ولامعها على الأقوى ، لتناقض كلاميه ، وإن كان صيغة الجحود لايلزمني شيء ، قبل قوله في الردّ والتلف مع البينة ، وبدونها في الأخير ، وفي الأوّل على رأي ، ولو أقرّ بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان ، وفي سماع بيّنته بذلك إشكال ، نعم تقبل لو شهدت بالاقرار والظاهر أن قوله «وفي سماع» تكرار لما ذكره أوّلا .

وقال في الارشاد في باب الوكالة : «ولو ادعى على الوكيل قبض الثمن ، فجحد فأقام بينة على القبض فادّعى تلفا أو رداً قبل الجحود لم يقبل قوله ، لخيانته ، ولا بينته لعدم سماع دعواه ، ولو ادّعى بعد الجحود رداً سمعت دعواه ، ولايصدق لخيانته وتسمع بينته ، ولو ادعى التلف صدّق للبراءة من العين ، ولكنه خائن فيلزمه الضمان » وهو جيّد جداً إلّا في الأخير المبنيّ على تصديق الغاصب في تلف العين ، وقد ذكرنا البحث فيه سابقاً .

و على كل حال فمن التأمل فيما ذكرناه يظهر لك ما في المسالك فانّه قال : « و حيث قلنا بقبول بيّنته إن شهدت بتلفها قبل الجحود بريء من الضمان . و إن شهدت بتلفها بعده ضمن لخيانته بالجحود ، ومنع المالك عنها » إذ ظاهره أنّ دعواه التلف بعد الجحود من المسألة السابقة بالنسبة إلى قبول بينته و عدمها ، ولا يخفى

عليك خروجها عن ذلك ،إذ لا اشكال فى قبولها بالردّ و التلف كما سمعته من الارشاد بل هو واضح و الله العالم .

المسألة ﴿ الثامنة ﴾ اذا أودع ولم يعين له حرزاً مخصوصاً وجبت المبادرة إلى حرزها المعتاد المتعارف و ﴿إذا عيّن له حرزاً بعيداً عنه وجبت المبادرة إليه بما جرت العادة ﴾ في المسارعة للوصول اليه ، مع فرض عدم القرينة الدالة على خلاف ذلك ، لعدم الاذن فى وضعها في غيره زايداً على ذلك ، و حينئذٍ ﴿ فان أخّر ﴾عن ذلك ﴿ مع التمكن ﴾ عقلاً و شرعاً بل وعادة على معنى مراعاة المبادرة اليه عادة نحو ما سمعته في فورية أدائها عند طلب المالك لها ﴿ ضمن ﴾ بلا خلاف ولا إشكال بالتعدى بالوضع في غير ماعيّنه له المالك ، بل الأقوى بقاؤه على الضمان وإن وضعه بعد ذلك بالحرز مع احتمال عدمه حينئذٍ ، بل عن بعضهم القول به ، إلّا أن استصحاب الضمان بالسّبب الأوّل شاهد للأوّل ، كما أنّه قد يقوى الضمان في كلّ فرد شك في تحقق المبادرة به ، لعدم معلومية الأذن معه ، مع احتمال عدمه للأصل ،﴿ولو سلّمها إلى زوجته ﴾ على وجه الاستقلال بها أو الشركة أو ولده أو خادمه أو غيرهم ﴿ لتحرزها ﴾ ولو في ذلك المكان إلاّ أن تكون كالآلة المشاهدة منه ونحوها﴿ضمن﴾ لعدم الاذن له فى ذلك ، أللّهمّ الاّ أن يكون هناك قرائن حالية أو مقالية تدلّ على ذلك ، و التوكيل عنه فى ذلك مع عدم الاذن من المالك في وضع يد الغير عليها لا وجه له .

المسالة ﴿التاسعة : إذا اعترف بالوديعة ثم مات و﴾ لكن قد ﴿جهلت عينها﴾ بالخصوص لتعدد أفرادها ﴿قيل : تخرج﴾ الوديعة قيمة أو مثلاً ﴿من أصل التركة﴾ على نحو غيرها من الديون لتحقق ضمانها بعدم تعينها المصيّر لها بمنزلة التالفة ﴿ و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ لو كان له غرماء و ضاقت التركة حاصّهم المستودع ﴾ .

ولكن لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرناه سابقا عند قوله : ﴿ و ﴾ إذا ظهر للمودع أمارة الموت ما ﴿ فيه ﴾ من ﴿ تردد ﴾ وبحث ونظر إذا كان المراد من المتن وما شابهه الحكم بالضمان بمجرّد الاعتراف بها ، من احتمال الرّد

إلى المالك والتلف بلا تعد ولا تفريط وغير ذلك ، لأصالة البقاء وعدم التلف وغير ذلك من المحتملات ، فيتحقق بقاؤها بل ضمانها بعدم الإشهاد على شخصها ، كما حكي عن الأكثر أو المشهور بين الأصحاب ، وإن كنا لم نتحققه .

بل لعلّ الظاهر خلافه عند من تأمّل كلامهم ، خصوصاً الفاضل في القواعد وغيره ، فإنّك قد عرفت عدم صلاحية ما ذكروه ، لإثبات الضمان الذي مقتضى أصل البراءة بلا واسطة عدمه ، وعلى اليد مخصوص بالأمانة المستصحب حكم عدم الضمان فيها ، بل هو مقتضى اطلاق الدليل ، وخبر السكوني مع أنه في مال المضاربة قد عرفت الحال فيه سابقاً ، وأنه ظاهر في المعلوم بقاؤه في التركة ، ولم يثبت تقصيره بعدم الإشهاد خصوصاً مع ملاحظة حال المسلم المحمول على الوجه الصحيح فعلا وتركا ، ومع التسليم فالمتجه الشركة أو القرعة أو الصلح القهري في وجه ، أو نحو ذلك ممّا يتقدم به على الغريم الّذي حقه متعلق بتركة وديعه ، لا مال الغير المشتبه بمال الوديع ، وبالتأمل فيما ذكرنا هنا وهناك بل وفي باب المضاربة يظهر لك التشويش في كلام جملة من الأعلام ، وعدم تنقيح موضوع ما حكموا به من الضمان على إشكال ، وعدمه كذلك في أصله أو في كيفيته فلاحظ وتدبّر .

المسألة ﴿ العاشرة : إذا كان في يده وديعة فادعاها اثنان ، فإن صدّق أحدهما قبل ﴾ وأحلف للآخر على البت ، كما أنه يحلف المقرّ له أيضاً ، فيستقرّ حينئذ ملكه على العين ، وإن نكل الودعي عن اليمين أحلف المدّعي إن لم يقض بالنكول وأغرم له المثل أو القيمة وقت الإقرار أو وقت الحلف على الأقوى ، بناء على أن اليمين المردودة كالإقرار أو أصل برأسه ، بل في المسالك الحكم بذلك وإن قلنا بكونها كالبينة ، إذ هي في حق المتداعيين الّذي اقتضى تغريم المثل أو القيمة بسبب حيلولته بالإقرار الأوّل ، لا في حق الثالث .

وفيه بحث يظهر من تفريعهم مسألة ردّ الوكيل على البيع اليمين على مدّعى الفسخ مثلاً بالنسبة إلى الرجوع بالثمن على الموكل أو الوكيل على كونه كالإقرار أو البينة ، والموكل ثالث عنهما ، ولو أقرّ بها لهما على سبيل الاشتراك فقد كذّب

كل واحد منهما في دعوى الجميع وصدقه في البعض فيقسم بينهما ، ويكون حكم التصديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة إلى الودعي وبالنسبة إليهما ، ويبقى النزاع بينهما في النصف ، فإن حلفا أو نكلا قسّم بينهما ، وإن حلف أحدهما خاصّة قضي له به ، ولاخصومة للناكل مع الودعي ﴿وان أكذبهما﴾ معاً ﴿فكذلك﴾ في انتفاء دعواهما ، لأنّ اليد له ، ولكلّ منهما إحلافه على البت أيضاً ، فإن نكل عن اليمين ردّت عليهما ، وصارا في الدّعوى سواء ، لأنّ يدهما خارجة ، فإن حلفا أو نكلا قسّمت بينهما ، وإن حلف أحدهما خاصّة اختص بها ، وإن قال : هي لأحدهما ولا أدري من هو على التعيين ، فإن صدّقاه في نفي العلم فلا خصومة لهما معه ، وتبقى الخصومة بينهما والحكم كالسّابق .

لكن هنا يحتمل جعلهما بمنزلة ذي اليد ، لا الخارج ، بخلاف الاوّل ، والفرق عدم اليد لأحدهما في الأوّل حتى بالنسبة إلى اعتراف الودعي ، فهما خارجان عنها على التقديرين ، بخلافه هنا ، فإنّ ذا اليد يعترف بأنّ اليد لاحدهما ، وليس أحدهما أولى من الآخر على تقدير الإشتباه ، ويحتمل مساواته للاوّل ، لعدم ثبوت اليد لأحدهما ، بل لعلّه الاقوى ، وتظهر فائدة اليد وعدمها عند تعارض البيّنات على ما سيأتي انشاء الله .

وإن كذباه في عدم العلم فادعى كل واحد منهما علمه بالمالك فالقول قوله مع يمينه ، لكن الحلف هنا على عدم العلم ، ويكفي يمين واحدة في وجه ، لانّ المدعى شيء واحد ، وهو علمه بكون المال لمعيّن ، بخلاف السّابق فإنه ينفي استحقاق كل واحد فيحلف له ، وقيل : يحلف لكل منهما يميناً فإن كلاً منهما مدع ، فيدخل في عموم الحديث السابق ، ولعلّه الاقوى ، خلافاً للمسالك في الاول .

وعلى كل حال فإذا حلف لهما بقيت المنازعة بينهما ، واختلف هنا : فقيل : يقرع بينهما فمن خرج اسمه وحلف سلّمت إليه ، وقيل : يوقف حتى يصطلحا ، والقولان محكيان عن الشيخ ، إلا أنه قد يتوقف في اليمين على من خرج اسمه ، بل لعلّ الاقوى أنهما يحلفان ، ويقسّم بينهما ، لتكافؤ الدعويين وتساويهما في الحجة

وهو يقتضي القسمة كذلك ، ولا يكون الامر مشكلا ، والايقاف حتى يصطلحا ضرر والاصطلاح غير لازم .

ولو نكل عن اليمين وحلفا على علمه أغرم القيمة مع العين ، لان يمينيهما اقتضتا أن يكون عالماً بالعين لكل واحد بخصوصه ، وبانكاره حصلت الحيلولة بين المستحق وحقه ، فوجب أن يغرم القيمة ، ولماكان سواء في اليمين لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر ، فيجعل العين والقيمة معاً في أيديهما ، وهل يقسّم بينهما بحلفهما كذلك أو توقف حتى يصطلحا ، القولان .

وفي المسالك « يمكن أن يقال هنا : بأنّ القسمة بينهما يتوقف على حلفهما ثانياً بالاستحقاق ، لانّ اليمين الاولى لم تتناوله ، وإنّما أثّرت غرمه القيمة لهما ، ولو كان حلفهما ابتداءً على الاستحقاق قسّمت العين بينهما فقط » .

﴿ وإن قال : لا أدري ﴾ أهي لكما ، أم لأحدكما ، أم لغيركما ، وادعيا عليه العلم ، فالقول قوله في نفيه كما مرّ ، فاذا حلف ﴿ أقرّت في يده حتى يثبت لها مالك ﴾ وليس لاحدهما تحليف الآخر ، لانّهما لم يثبت لهما ، ولا لواحد منهما عليها يد ، ولا استحقاق ، بخلاف الصّورة السّابقة .

﴿وإن ادّعيا أو أحدهما علمه بصحّة الدعوى كان عليه اليمين﴾ ولو نكل عن اليمين ففي تسليمها إليهما - مع حلفهما على الاستحقاق وغرامته لهما القيمة او حلفا على علمه - احتمال ، لانحصار الحقّ فيهما ظاهراً ، ولامنازع لهما الآن ، ويحتمل العدم ، لعدم حصر ذي الحق فيهما .

ثمّ إنّ ما في المتن من الاقرار في يده قيل : إنّه شامل للقسمين المشتملين على عدم علمه بخصوص المالك ، وهو جيّد في الاخير ، لانّ يده يد أمانة ، ولم يتعين لها مالك يجب الدفع إليه ، والحقّ ليس منحصراً فيهما ، حتى يتوهم سقوط أمانته بمطالبتهما ، وأمّا اقرار يده في القسم الاوّل فمن الشيخ أنه كذلك أيضاً ، لعدم تعين المالك ، لكن قد يشكل بانحصار الحق فيهما ، ومطالبتهما معاً إيّاه ، و لذا حكي عن الشيخ أيضاً القول بانتزاعها منه ، ولكن ضعفه في المسالك بأنّ المطالبة المقتضية

للعزل هي التى يجامعها التسليم ، وهنا ليس كذلك ، فلا يترتب عليه دفع الامانة ، وفيه منع واضح . نعم يتجه ما عن المختلف من ردّ الامر إلى الحاكم واستحسنه فى المسالك . والله العالم .

المسألة ﴿ الحادية عشر : إذا فرط ﴾ أو تعدى وتلف المال ﴿ واختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه ﴾ لخروجه عن الامانة المقتضية لسماع قوله وللمرسل [1] ﴿ وقيل : القول قول الغارم مع يمينه ، وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، لاصالة البراءة والخروج عن الامانة لا يخرجه عن حكم المنكر ، ولذا كان الحكم كذلك في الغاصب أيضاً ، ولم يثبت خبر صالح لمعارضته لقاعدة المدعي والمنكر كما هو واضح . والله العالم .

المسألة ﴿ الثانية عشر : اذا مات المودع ، سلمت الوديعة إلى الوارث ، فان كانوا جماعة سلمت إلى الكلّ ، أو إلى من يقوم مقامهم ﴾ بوكالة أو ولاية ﴿ ولو سلّمها إلى البعض ، من غير إذن ضمن حصص الباقين ﴾ بلا خلاف ولا إشكال والله العالم .

و الحمد لله أوّلاً وآخراً وظاهراً و باطناً .

---

(١) الوسائل الباب ـ ٤ ـ من أبواب أحكام الوديعة الحديث ـ ٧ .

كتاب العارية

بتشديد الياء وقد تخفّف نسبته إلى العار ؛ أي العيب ، أو العارة مصدرثان لأعرته ، وعن بعض مأخوذة من عار يعير إذا جاء وذهب ، ومنه قيل للبطال عيّار ، لتردّده في بطالته ، سمّيت عارية لتحوّلها من يد إلى يد ، وعن آخر أنها مأخوذة من التعاور والاعتوار ، وهو أن يتداول القوم الشيء بينهم .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ هي عقد ﴾ يعتبر فيه إنشاء الرّبط بين الايجاب والقبول ، لا إيقاع يكفي فيه الاذن في الانتفاع من المالك ، إذ هو حينئذٍ من الاباحة التي منها الانتفاع بظروف الهدايا بالأكل ونحوه ، ممّا جرت السّيرة به ، وانتفاع الضيف في الدار والفرش والأواني ونحوها ، لا العارية المزبورة ، اللّهم إلا أن يقصد ذلك لضيف مخصوص ، ويقبله فعلاً أو قولاً بهذا العنوان .

نعم هي على حسب ماسمعته في العقود اللازمة تقع بالايجاب والقبول اللّفظيّين وهما العقد بالمعنى الأخص ، وربما قيل : منه أيضاً ما إذا كان القبول فعليّاً ، وأمّا إذا كانا فعليّين أو كان الايجاب فعليّاً فهو من المعاطاة ، بناء على مشروعيتها فيها بدعوى السّيرة المستمرّة بعنوان العارية ، و إن كان الاقوى أنها إباحة لا بعوض ، كما سمعته مراراً .

وأمّا احتمال أنّها من العقد فلا ينبغي أن يصغى إليه ، فمن الغريب دعوى بعضهم أن الانتفاع بظروف الهدايا من العارية ، لانّه انتفاع بملك الغير باذنه وإن لم يكن لفظ ، بل بشاهد الحال ، ضرورة عدم الاكتفاء بذلك في تحقق العارية من دون إنشاء قصدها من الطرفين ، وجواز الانتفاع بالاذن أعمّ منها كماهوواضح . وخصوصاً مالوكان بطريق الفحوى القطعية أو بشاهد الحال .

ومن ذلك يظهر لك مافي التذكرة والروضة والرياض و غيرها خصوصاً الاخير منها ، والاذن في الانتفاع بأعيان الصديق المفهوم من فحوى الاذن شرعاً بالاكل من بيته مع التسليم ليس من العارية قطعا ، وإنما هومن الإباحة الشرعية على حسب الحال في غيره من البيوت التى قدتضمنتها الاية [١] نعم قد يستفاد من ذلك التسامح في عقد العارية التى ثمرته اباحة المنفعة التي اكتفى فيها بشاهد الحال ونحوه كما أوما إليه الفاضل في التذكرة فلاحظ وتأمّل .

وعلى كل حال فقدذكر المصنف في تعريفها أنها عقد ﴿ثمرته التبرع بالمنفعة﴾ ويقرب منه ماوقع لغيره ، ولكن قدذكرنا غير مرة أن اكثر التعاريف للأصحاب في أكثر المعاملات يشبه التعاريف اللّغوية التي يراد منها التمييز في الجملة لاتمام الإطراد و الانعكاس .

فمن الغريب نقض طرد تعريف المصنف هنا بالسكنى والعمرى و الحبس والوصية بالمنفعة وأغرب منه التزام الجواب عن ذلك بأنّها في معنى العارية ،وإن كانت لازمة و غايته إنقسام العارية إلى جائزة ولازمة كالاعارة للرّهن ، ضرورة كون هذه العقود في الاصطلاح متباينة مختلفة اللوازم والصّيغ ، فادخال بعضها في بعض بمجرّد المشاركة في بعض الخواص اصطلاح مردود ، هذا .

لكن في المسالك بعد أن ذكر ذلك قال : « ولو أضيف إلى ذلك قيد الجواز فقيل : ثمرته التبرع بالمنفعة مع بقاء الجواز و نحوه خرجت هذه العقود ، و بقيت السكنى المطلقة ، فانه يجوز الرجوع فيها متى شاء السكنى كما سيأتى إنشاء الله ، وقد يلتزم فيها بأنها عارية لتحقق المعنى فيها مطلقا ، ولايقدح الصيغة ، لأن العارية لاتختص بلفظ ، بل كلّ مادلّ على تسويغ الانتفاع بالعين تبرعاً و السكنى المطلقة تقتضى ذلك ، ولكن تبقى العارية اللازمة خارجة ، فيحتاج إدخالها إلى قيدآخر أو التزام جواز الرجوع فيها بالنّسبة إلى المستعير و إن لم يؤثر بالنسبة إلى المرتهن ، وتظهر الفائدة في وجوب السعى على الراهن وتحصيلها بما أمكن ، و وجوب المبادرة

---

(١) سورة النور الاية ٦١ .

إلى ردّها عند الفك على الفور بالمطالبة السابقة ، ولو قلنا أنه لاأثر لها ، وأنها لازمة من طرفه مطلقا ، انتفت هذه اللوازم ، و الأوّل ليس ببعيد من الصواب »

وهوكماترى من غرائب الكلام ، خصوصاً بعد اعترافه بالمباينة بين هذه العقود مفهوماً ، والجواز واللزوم إنّما هما أمران خارجان ، ومن المعلوم أنّ مفهوم الرقبى والسكنى والعمرى واحد ، وأن الاختلاف إنما هو في التقييد والاطلاق ، فلا فرق في المباينة بين السكنى وغيرها ، خصوصاً على القول باقتضاء الملك للمنفعة كما عن الشيخ التصريح به ، على أنّ التحقيق في الفرق بين كثير من أفراد مفاهيم المعاملات بالقصد الذي هو المشخص في اندراج الفرد في مفهومه ، نحو تشخيصه الفعل المشترك ، إذ ليس فرق في العقد بين الصلح عن العين الجامعة لشرايط البيع مثلاً ، و بين بيعها بالنسبة الى إنشاء قصد النقل بعوض معلوم في كل منهما إلاّ بقصد الصلحيّة أو البيعية المدلول عليها بذكر الصّيغة أوغيره من القرائن ، وكذا بالنسبة إلى الفرق بين الصلح على المنفعة التي تتعلق بها الاجارة ، و بين عقد الاجارة ، و كذا ما نحن فيه ، فان قصد السكنى والعارية كاف في تشخيص كل منهما بعد تباينهما ذاتا ، كتباين الصلح والبيع فالتزام كون السكنى عارية لمشاركتها لها في الجواز لاينبغي صدوره من مثله ، كما لاينبغي صدور الجواب عما أورده على نفسه من العارية اللازمة الذي لايتم في نحو عارية الدّين ، وانما التحقيق فيه أن بناءها على الجواز الّذي لاينافيه عروض اللزوم من جهة أخرى ،كتعلق حق الغير و نحوه ،كما لاينافي لزوم البيع عروض الجواز له بسبب من اسباب الخيار .

وبذلك وغيره ممّا ذكرناه هنا وفي غير المقام تعرف مافي جملة من كلام الاعلام حتى ما اورده بعضهم هنا على التعريف بأنه ينتقض بأعرتك حماري مثلا لتعيرني فرسك، لعدم التبرع فيه ، إذ هو كما ترى ، ضرورة أنه إذا فرض إرادة العوضية فيه على وجه ينافي التبرع لم يكن عارية صحيحة ، وإلاّ فلا ينافي التبرع ﴿و﴾ ستسمع تحقيق الحال فيه إنشاء الله في آخر كتاب العارية كما أن منه أيضاً ظهر لك أن عقدها ﴿يقع بكل لفظ يشتمل على الأذن في الانتفاع﴾ بعنوان العارية من طرف الموجب ،ويدلّ

على قبول ذلك من طرف القابل ، وأمّا معاطاتها فبغير ذلك ، الا في صورة فعلية القبول ولفظية الايجاب ، فقد عرفت احتمال كونها من العقد أيضا ، وتقدم في الوديعة مايزيدك تحقيقاً في المقام .

﴿و﴾ كيف كان فهذا العقد ﴿ليس بلازم لاحد المتعاقدين﴾ بلاخلاف معتدّ به أجده ، بل لعلّ الاجماع بقسميه عليه ، من غير فرق بين الموقت وغيره ، خلافاً للمحكي عن ابن الجنيد من الحكم باللزوم من طرف المعير في إعارة الأرض القراح مدة للغرس أوالبناء ، ولاريب في ضعفه .

نعم قد استثنى من ذلك مواضع ، منها: العارية للرهن التي قد تقدم بعض الكلام فيها آنفاً وفي كتاب الرّهن، ومنها : عارية الأرض لدفن الميت المسلم ومن في حكمه التى سيذكرها المصنف ، ومنها : مايترتب على الرّجوع بها ضرر لا يستدرك كعارية اللوح للسفينة في لجّة البحر المستلزم رجوعه للغرق للأنفس و الاموال ، ومنها : عارية الحائط اوضع طرف الخشبة عليه المثبت طرفها الآخر في ملك المستعير مثلاً ، ومنها عارية الارض للزرع ، ومنها : عاريتها للبناء و الغرس مدة معلومة .

إلاّ أنّ الجميع كما ترى ، ضرورة عدم اقتضاء امتناع فسخ الإرتهان الواقع باذن المالك ، وحرمة النبش والاضرار بالغير برجوع العين لزوم العقد ، ضرورة إمكان بقاء العقد على الجواز ، وتحقق الإنفساخ وان منع مانع خارجي من ردّ العين إلى مالكها ، كما لوفرض في بعض امثلة الاجارة التى فسخت بتقايل أوخيار أو نحو ذلك فانه لاإشكال في تحقق الفسخ حينئذ ، وان منع من ردّ العين مانع آخر وربما ترتب له الاجارة في بعض الافراد ، وبالجملة إن دعوى لزوم عقد العارية في الامثلة المزبورة - على وجه تكون به كغيره من العقود اللازمة لهذه التعليلات المذكورة في كلامهم من عدم فسخ عقد الرهن وحرمة النبش والإضرار ونحو ذلك ممّا لا مدخلية له ، بعد التسليم في البعض ، الا في عدم ردّ العين - واضحة الفساد ، ولعلّه لذا أطلق المصنف وغيره جواز هذا العقد من غير استثناء لهذه الافراد حتى من معقد الاجماع مع ذكر المصنف حكم هذه الافراد فيما يأتي ، لكن لا بعنوان دعوى لزوم عقد العارية فيها فلاحظ

وتأمّل إذ يمكن إرادة مدّعي اللزوم فيها أوفي بعضها عدم السلطنة على استرداد العين وتفريعها ممّا فيه، لوجود المانع منه، لا إرادة لزوم نفس العقد، وبهذا الاعتبار استثناه، بل لعلّ ذلك مقطوع به، إذ احتمال أنّ لهم دليلاً على اللزوم لم يصل إلينا في غاية البعد، خصوصاً بعد تصريحهم بالاستدلال على اللزوم بما عرفت ممّا لا يقتضي لزوم العقد والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿الكلام في فصول أربعة﴾.

﴿الاوّل: في المعير ولابدّ أن يكون مكلفاً جائز التصرف فلا يصح اعارة الصبى ولا المجنون﴾ لما لهما السلب عباراتهما وفعلهما في المعاملات، وكذا لا يصحّ إعارة المحجور عليه لفلس أو سفه، بناء على عدم جواز مثل هذا التصرف لهما، وكان الاولى الاستغناء بجواز التصرف عن التكليف الذى اقتصر المصنف في التفريع عليه، والامر سهل.

إنّما الكلام في قول المصنف ﴿ولو أذن الوليّ جاز للصبيّ مع مراعاة المصلحة﴾ كالمحكي عن الارشاد، وإنّما تصحّ من جائز التصرف، ولو أذن الولي للطفل صحّ أن يعير مع المصلحة، وفي التحرير واللمعة وغيرهما يجوز للصبيّ أن يعير إذا أذن له الولى» وعن التحرير تقييده بالمميز فانّ الإذن لا يجعل المسلوب غير مسلوب كما هو مفروغ منه في غير المقام، وكون العارية من العقود الجائزة لا يقتضي ذلك، وإلا لجازت مضاربته ووكالته باذن الولي.

ودعوى كون الإذن من المالك بمنزلة الايجاب منه لأنّ المدار في العارية على رضا المالك وهو الولي هنا ـ يدفعها عدم الفرق حينئذ بين المميز وغيره، بل وبينه وبين المجنون، بل بين هذا العقد وغيره من العقود الجايزة، بل وبينه و بين المعاطاة في البيع وغيره، ضرورة رجوع ذلك إلى كون الصبيّ حينئذ آلة والايجاب والإنشاء بفعل الولي الذى هو الإذن، وإرسال الصبيّ ونحو ذلك.

نعم ينبغي اعتبار قصد الولي إنشاء الإيجاب بذلك، وهو خلاف ظاهر العبارات السابقة المبني على إختصاص العارية بهذا الحكم، ولو بجعل إذن الولي وأمره فعل

الصبيّ فعلاً للولي ، كما جعل أمره له بأفعال الحج موجبا للصحة في الجملة ، إلاّ أنّ ذلك متوقف على دليل اختصاص العارية بذلك ، ولعلّه للسيرة المعتضدة بهذه الكلمات من الأصحاب ، وإرسالهم إرسال المسلمات ولكن ينبغي حينئذٍ اختصاص ذلك بإذن الولي في عارية ماله مثلاً أمّا توليتها عن غيره فلا يجوز ، ولعله لذا أطلق المصنف متصلاً بما سمعته من الكلام السابق ﴿ وكما لايليها ﴾ أي العارية ﴿عن نفسه كذا لايصح ولايته عن غيره ﴾ لما عرفت من سلب قوله وفعله في ذلك ، حتى مع إذن الغير الذي هو المالك ، بل ومع الإذن من الولي أيضاً ، بناء على اختصاص السيرة بعارية ماله باذن الولي دون مال غيره ، أللّهم إلاّ أن ينزل ذلك من المصنف بقرينة ما تقدم له على حال عدم الإذن من الولي ، أمّا معها فلا فرق ، وحينئذٍ يتجه تعميم الحكم ، لكن الأنصاف عدم خلو المسألة من إشكال حتى في الأوّل .

الفصل ﴿ الثاني في المستعير ﴾

ولا بد أن يكون مكلفاً فلا يصحّ إستعارة الصبيّ والمجنون ، لما عرفت من سلب عبارتهما وفعلهما ، فلو استعارا ففي ضمانهما ما تقدم في الوديعة ، بل لابد أن يكون معيّناً أيضاً ، فلو قال : أعرت أحد هذين لم يصحّ ، للأصل بعد قصور تناول الأدلة لمثل ذلك .

نعم لوأريدا من ذلك وقبلا معاً ، أمكن الصحّة ، كما لو قال : أعرت كتابي هذا لهؤلاء العشرة وقبلوا جميعاً ، فإنه يصحّ بالنسبة إلى كلّ منهم ، بمعنى أنّ له الانتفاع مستقلاً ، إذ لا مانع من إجراء حكم المستعير على كل منهم ، فإن العارية قسم من الإباحة الصّالحة لذلك ، فيحمل عليه ، إلاّ أن يصرّح بإرادة الاجتماع ، وهكذا في غيره من العقود الّتي تقبل ذلك .

نعم في مثل البيع والإجارة ونحوهما ممّا لا يقبل ثمرته الانتقال لكل منهما، لعدم معقولية ملك كل منهما لتمام المبيع وتمام المنفعة ، ينزل على الشركة ، بخلاف

ما نحن فيه .

وعلى كل حال فلا إشكال في صحة العارية في الفرض ، لعموم الأدلة ، بل في التذكرة « تصح العارية لغير المحصور من العدد ، نحو كل الناس ، وأي أحد من الاشخاص ، ومن دخل الدار ، لان الكلي معين ، وإن لم يكن عاماً كاي رجل وأي داخل ، بخلاف أحد الشخصين أو الاشخاص ، فإنه مجهول » .

وإن كان قد يناقش بمنع تحقق العقدية أو ما في حكمها من المعاطاة بمثل ذلك ، ضرورة عدم قصد الربط بين الإيجاب والقبول من الجانبين ، وليست العارية حينئذ إلا إباحة ، على أنه قد صرح في موضع منها بالفرق بين من بسط بساطا مخصوصاً لضيف مخصوص ، وبين من كان له بساط معد لمن يأتيه من الضيوف ، فجعل الاول عارية ، والثاني إباحة ، لعدم قصد انتفاع شخص بعينه ، وعدم اعتبار المقارنة بين الإيجاب والقبول في العارية لا يقتضي جواز ذلك في الوكالة و الوديعة وغيرهما على جهة تحقق عقدها بذلك .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ له ﴾ أي المستعير ﴿ الانتفاع بما جرت العادة به في الانتفاع بالمعار ﴾ فإنها المرجع في نوعه وقدره وصفته ، فلو اعاره بساطا اقتضت فرشه ، أولحافاً التغطية به ، أوحيواناً للحمل ، اقتضت تحميله القدر المعتاد بالنسبة إلى ذلك الحيوان وذلك المحمول ، وذلك الزمان ، وذلك المكان ، ولو تعددت منفعة العين ولم يكن ثم إنصراف إلى بعضها فإن عين نوعاً منها تعين ، وإن عمم جاز الانتفاع بجميع الوجوه ، بل لعله كذلك مع الإطلاق أيضاً على الاقوى ، وفاقاً للمسالك ما لم تكن قرينة على خروج البعض .

﴿ ولو نقص من العين شيء أو تلفت بالاستعمال من غير تعد لم يضمن ﴾ وإن كان هو مباشر التلف أو كان سبباً فيه ﴿ إلا أن يشترط ذلك في العارية ﴾ بناء على اعتبار مثل هذا الشرط ، للنص والاجماع على ما يشبهه كما تعرفه إنشاء الله ، ولعل الوجه في ذلك واضح ، لانه استعمال مأذون فيه ، وبناء العارية على النقص بالاستعمال .

وقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن سنان [1] المسؤل فيه عن العارية « لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأموناً » ولعلّه لذا قطع به المصنف من دون نقل قول ، هذا .

ولكن في المسالك « ما قطع به المصنف هو أصحّ القولين ، وفيه وجه آخر ، وهو ضمان المتلف في آخر حالات التقويم ، لانّ الظاهر عدم تناول الإذن للإستعمال المتلف ، وإن كان داخلا في الإطلاق . نعم لو كان قد شرط الضمان في العارية ضمن ، وسيأتي الكلام فيه .

ونحو ذلك وقع له في الروضة عند شرح قول الشهيد في اللّمعة « ولو نقصت بالإستعمال لم يضمن » قال : « وتقييده بالنقص قد يفهم منها أنها لو تلفت به ضمنها وهو أحد القولين في المسألة ، لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفاً ، وإن دخل في الاطلاق ، فيضمنها آخر حالات التقويم ، وقيل لا يضمن أيضاً كالنقص ، لما ذكر من الوجه ، وهو الوجه » .

والظاهر أنّ الذى أوقعه في ذلك المحقق الثاني ، فإنّ الفاضل في القواعد قال « ويجب ردّ العين مع الطلب والمكنة ، فان أهمل ضمن ، ولو تلف بالاستعمال كثوب انمحق باللبس فاشكال ينشأ من استناد التلف إلى مأذون فيه ، ومن إنصراف الاذن غالباً إلى استعمال غير متلف ، فان أوجبنا ، ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم ، وكذا لو اشترط الضمان ، فنقصت بالاستعمال ثم تلفت ، أو استعملها ثم فرط ، فانّه يضمن القيمة يوم التلف ، فانّ النقص غير مضمون على اشكال ، وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة ، فلو نقص من العين شيء أو تلفت بالاستعمال فلا ضمان إلاّ أن يشترط ذلك في العارية » .

فقال في شرحه : « لا يخفى أنّ هذا مناف لما سبق فى كلامه من الاشكال فى كل من المسألتين ، ولو حملت العبارة السابقة على استعمال غير مأذون فيه ، وهذه على

(١) الوسائل الباب ـ ١ ـ من أبواب أحكام العارية الحديث ٣ .

مأذون فيه لم يتجه الاشكال ، بل يتعين الضمان قطعاً ولو حملت هذه العبارة على أنّ الباء التي في قوله بالاستعمال بمعنى مع ، فيكون التلف لا بسبب الاستعمال لاندفع التنافى ، إلاّ أنه بعيد عن الظاهر » .

وقال فى شرح العبارة السّابقة « الذى يقتضيه النظر أن الاستعمال المتلف متى كان بحيث يتناوله عقد العارية لا يستعقب ضماناً » واختاره في التحرير وفيه قوة .

نعم لو شك في تناول اللفظ إيّاه فالضمان قوىّ ، ولا استبعد أن يكون من صور الثاني ما لو أذن له بلبس الثوب ولم يزد ، بخلاف ما لو أذن في كل لبس ، أو في لبسه دائماً ، لان إذنه في لبسه في الجملة لا تقتضى الاذن فى كل لبس » .

قلت : لعلّ التامّل الجيد تقتضى أن هنا مقامين .

أحدهما : النقص والتلف الواقعان بسبب الاستعمال المعتاد ، ولو من جهة الاتفاق في مثل تلك العين ، كما لو استعار دابّة للركوب أو الحمل ، ولم يزد على المعتاد ، واتفق تلفها بنفس ذلك الاستعمال ، لعثرة أو نحوها ، وهذا هو المناسب للقطع بعدم الضمان فيه ، للنص والفتوى .

الثاني : التلف بالاستعمال بسبب استدامته واستمراره المقتضي لاستيفاء عمره بالنسبة إلى ذلك العين ، وهذا هو المناسب للاشكال فى الضمان به ، باعتبار اقتضاء إطلاق عقد العارية تناوله ، وعدمه إلاّ مع التصريح ، ولعلّ الضمان به حينئذ وجيه كما أوضحه المحقق الثانى ، وبذلك ظهر لك الفرق بين المقامين ، ووجه الجزم من المصنف والفاضل وغيرهما بعدم الضمان في الاوّل منهما ، بخلاف الثانى الذى قدذكر مثاله الفاضل بقوله كثوب انمحق باللبس فتامّل جيّداً ، فانّ التحقيق فى المسالة ذلك ، وإن أبيت عن قبول تنزيل بعض العبارات عليه ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فيعتبر فى المستعير إثبات سلطنته على العين المستعارة فـ ﴿ لا يجوز للمحرم أن يستعير من محل صيدا ، لانه ليس له إمساكه ﴾ بل يجب عليه إرساله ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿لو﴾ أثم و ﴿ أمسكه﴾ ثم أرسله ﴿ ضمنه وإن لم يشترط عليه ﴾ ذلك في العارية ، ووجوب ذلك عليه لا ينافى ضمانه لمالكه ، وإن

أقدم على إعارته لمن يكون تكليفه إتلافه بالارسال ، فانّ ذلك لا يقتضي ذهاب حرمة ماله ، كما لا يقتضي ابطال سببيّة الضمان الحاصلة من عموم قوله [1] « من أتلف مال غيره فهو له ضامن » وعدم الضمان بالعارية الفاسدة لقاعدة عدمه في الصحيح منها مع تسليمها في صورة العلم إنّما تتم في التلف بغير تفريط لا الاتلاف ، ودعوى ـ عدمه في المقام أيضاً باعتبار كون تكليفه ذلك ـ يمكن منعها أولاً : لإمكان دعوى وجوب تسليمه إلى صاحبه ، ترجيحاً لحقّ المخلوق على حق الخالق ، وثانياً : بعد تسليمها بمنع ما دلّ على عدم ضمان العارية في الفرض ، لا أقلّ من الشك ، فيبقى عموم من أتلف ، وأصالة احترام المال بحاله .

وعلى كل حال فمن ذلك ظهر لك أنه لاوجه للاشكال في الجزم بالضمان من المصنف والفاضل وغيرهما بعدم الدليل عليه « لقاعدة مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده » ضرورة كون المراد الضمان في الفرض المزبور ، لاما إذا تلفت في يده من غير تفريط فيه ، كي يتوجّه عليه الإشكال المزبور ، و إنكان اطلاقهم يوهم ذلك ، لكن من المعلوم إرادتهم الفرد الذي ذكرناه ، فانه الموافق لذكر مسألة المحرم بخصوصه .

﴿ ولو كان الصّيد في يد محرم فاستعاره المحلّ ﴾ أي أخذه بصورة العارية ﴿جاز﴾ أخذه للمحل للأصل و﴿لأن مالك المحرم زال عنه بالأحرام﴾ فأخذه حينئذ منه ﴿كما يأخذ من الصيد ماليس بملك﴾ فيملكه حينئذ بالاستيلاء أومع نيّة الملك على الوجهين في تملك المباح ، وحرمة الدفع إلى المحلّ على المحرم لتعيّن الإرسال عليه لاينافي جواز الأخذ للمحلّ ، وليس هو من الإعانة على المحرم قطعاً ، وإن وجب الفداء على المحرم مع التلف في يد المحلّ ، وبذلك يرتفع دعوى التّساهل في عبارة المصنف ، مع أن الأمر سهل بعد وضوح المقصود ، وهو إرادة الفرق بين صورة العارية من المحلّ للمحرم ، وبالعكس كما هو واضح والله العالم .

---

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار .

﴿ولو استعار﴾ مستعير﴿ من الغاصب وهو لا يعلم ﴾ بغصبه ﴿ كان ﴾ قرار ﴿الضمان﴾ للمنفعة الفائتة ﴿ على الغاصب ﴾ لغروره ﴿و﴾ إن كان ﴿ للمالك ﴾ أيضاً ﴿الزام المستعير بما استوفاه من المنفعة﴾ أو فاتت في يده لعموم « من أتلف[1] » و«على اليد » [2] كما هو المشهور بين الاصحاب في المقام ، وفي الغصب عند ذكر حكم الأيادي المترتبة على يد الغاصب .

﴿و﴾ لكن ﴿يرجع﴾ المستعير ﴿ على الغاصب لأنه أذن﴾ له في استيفائها بغير عوض﴾ وعلى ذلك أقدم ، فهو غارّ حينئذٍ له ، فيرجع حينئذٍ عليه لقاعدة «المغرور يرجع على من غرّه» ﴿والوجه﴾ عند المصنف والفاضل ﴿ تعلق الضمان بالغاصب حسب ﴾ فليس له حينئذٍ رجوع على المستعير ، لأنه أقوى في الأتلاف ، وإن حصل في يد غيره ، إلا أنه لما كان جاهلا مغرورا ، والغاصب عالما غارّا ، صار هو أولى في نسبة الإتلاف ، ﴿ وكذا لو تلف العين في يد المستعير ﴾ ولم تكن مضمونة عليه ، بل قيل إن الرجوع ظلم محض ، لأنه جاهل ، إلاّ أن ذلك كما ترى لا يقتضي عدم الرجوع على المستعير ، لقاعدة اليد ، والإتلاف ، وقول عليّ في المرسل [3] وخبر اسحاق بن عمّار [4] عن ابيعبدالله عليه السلام ، وأبي إبراهيم عليه السلام « إذا استعيرت عارية بغير اذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن » وإنّما يتوجّه له الرجوع بقاعدة الغرور ، وهو لا ينافي أصل ضمانه ، اللّهم إلاّ أن يقال : إنّ قاعدة « ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » تقتضي ذلك ، ولعلّها المدرك للمصنف وغيره في الحكم بعدم الضمان ، لا ما في المسالك من الاوّل .

ومن الغريب ما فيها من موافقته على جريانها في المقام حتى استدل بجزء الاثبات منها على ضمان الجاهل في العارية المضمونة مع إنكاره على المصنف الحكم

---

(١) قاعدة مستفاده من مضامين الاخبار .

(٢) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ .

(٣) الوسائل الباب -١- من ابواب كتاب العاريه الحديث ١١ .

(٤) الوسائل الباب -٢- من ابواب كتاب العارية الحديث ١ .

بعدم الضمان .

نعم يمكن الردّ على المصنف بإنكار الدّليل عليها في المقام ، إذ من المعلوم أنّ المسلّم من هذه القاعدة ما وافق الأدلة منها ، ضرورة عدم دليل بالخصوص عليها وليس الفاسد من حيث كونه فاسداً يترتب عليه ما يترتب على الصحيح ، بل مقتضى فساده عدم ترتب أثر الصحيح عليه ،كما هوواضح . وليس في الأدلة ما يوافق مضمونها بل قد عرفت أنّ قاعدة اليد وعموم من أتلف والمرسل والخبر الضمان ، وإن اقتضت قاعدة الغرور ، الرجوع على الغاصب ، ودعوى الإجماع عليها معلومة الفساد في المقام ، إذ المشهور بين الأصحاب الضمان هنا مع الجهل ، وإن رجع بقاعدة الغرور كدعوى عموم ما دلّ على عدم الضمان بالعارية للمقام ، لأنها اسم للاعم من الصحيح والفاسد ، ضرورة تخصيص العموم بالخبر والمرسل السابقين المتعضدين بالشهرة بين الاصحاب التي هي المرجحة أيضاً لعموم من اتلف وعلى اليد عليه ، بل قد يدعى انسياق الصحيح من أكثر هذه الاحكام فلاتعارض حينئذٍ ، ومن ذلك وغيره يعلم عدم كون المقام فرداً من القاعدة المزبورة ، أو خارجاً عنها ، كحال العلم للمستعير الّذى أشار إليه بقوله .

﴿ أمّا لو كان عالماً كان ضامناً ، ولم يرجع على الغاصب ﴾ بشيء لعدم غروره ﴿ و ﴾ لانه غاصب ، بل ﴿ لو أغرم ﴾ المالك ﴿ الغاصب ﴾ المعير حيث أنّ له الرجوع عليه ﴿ رجع ﴾ هو ﴿ على المستعير ﴾ الّذى استقر الضمان عليه بحصول التلف عنده مع عدم غروره ، بل الظاهر أنّه يرجع عليه أيضاً بقيمة العين لو رجع عليه المالك وإن كان جاهلاً ، إذ كان قد أقدم على العارية مضمونة باشتراط الضمان أوكانت ذهباً أوفضة ، لعدم غروره حينئذٍ ، بل هو كذلك لو صدرمنه مايقتضى الضمان من تعد أو تفريط .

نعم لا يرجع عليه المالك بعوض المنافع التى استوفاها المستعير بعنوان العارية لو رجع عليه المالك ، لاقدامه عليها مجاناً ، بل هو يرجع على المعير الغاصب لو رجع المالك عليه بها لقاعدة الغرور .

لكن قد يناقش بما عرفت من ظهور أدلة ضمان العارية المشترط فيها الضمان وإذا كانت ذهباً أو فضة في الصحيح منها ، أما الفاسدة فلا يترتب على الشرط فيها ولا على كونها ذهباً وفضة ضمان من هذه الجهة ، وإنما يترتب الضمان بقاعدة اليد ، والخبرين السابقين ، وحينئذ رجوع المعير عليه بقيمة العين باعتبار صيرورتها عوضاً شرعاً عمّا أدّاه عنها برجوع المالك عليه ، والفرض عدم الغرور منه .

لا يقال : ـ إنّ ذلك يقتضي رجوع المستعير على المعير أيضاً لو رجع عليه المالك في العارية المضمونة وإن لم يكن ثمّ غرور ، لكنه بأدائه قيمة العين المضمونة عليه للمالك ، نحو ماسمعته في رجوعه عليه ـ للفرق الواضح بينهما ، بحصول التلف في يده الذي هو سبب في شغل ذمته بالقيمة للمالك ، بخلاف الأوّل المخاطب في الحقيقة بردّ العين أو قيمتهامّن هي في يده ، إذ لا وجه لخطابهما بقيمتين ، والبدلية المتشخصة بالخيار لا دليل عليها ، بل ظاهر الأدلة خلافها ، فليس حينئذ إلا ماذكرنا من كون القيمة في ذمّة من حصل التلف في يده ، والاخر مخاطب بارجاع ذلك منه وإلاّ فبالغرامة عنه ، فاذا أدّى صار ما في ذمّته له عوضاً شرعيّاً ، إذ لاوجه لملك الغاصب ، فقام الاذن الشرعي بالاداء عنه مقام الاذن منه بذلك ، بخلاف ما لو أدّى هو فانّما يؤدّي عن نفسه ، وبذلك اتضح وجه الرجوع على من حصل التلف في يده من ذي الايدي المتعاقبة دونه ، إلاّ إذا كان مغروراً ، فانّه يستحقّ الرجوع بما يغرمه بقاعدة « المغرور يرجع على من غرّه » .

وبذلك اتّضح لك هنا رجوع المعير على المستعير العالم لو رجع عليه ، دونه و كذا الجاهل بالقيمة إذا كانت العين مضمونة عليه إذ المسألة فرد من أفراد مسألة تعاقب الايدي فتأمّل جيّداً ، فانّك لاتجد تحقيق ذلك في غير هذا الكتاب ، بل هو التحقيق في أطراف المسألة .

ومنه يعلم التشويش في جملة من كلماتهم ، خصوصاً مايحكى عن تذكرة الفاضل في تذنيب ذكره من أنّه « لو استعار من غير المالك عالماً أو جاهلا ضمن ، واستقر الضمان عليه ، لانّ التلف حصل في يده ، ولا يرجع على المعير ، ولو رجع المالك على المعير

كان للمعير الرجوع على المستعير » إذ هو كما ترى مناف لقاعدة الغرور في الجاهل .

و كذا ما حكاه في المسالك عنها وعن القواعد في مسألة المستعير من المستعير ، من إطلاق الاشكال في رجوع المستعير على المعير او رجع المالك عليه مطلقا ، وفي رجوع المعير على المستعير الجاهل ، مع حكمه في المستعير من الغاصب بخلاف ذلك، فانّه لا يخفى عليك ما في ذلك ، ولا ما في الذى ذكره في المسالك وغيرها هنا من الدليل، بعد الاحاطة بما ذكرناه الذي هو من فصل الخطاب المودّع عند أئمّة أولى الالباب ، والله الهادي إلى الصواب .

الفصل ﴿ الثالث ، في العين المستعارة ﴾

و ضابطها المستفاد من الفتوى و معقد الاجماع و نفي الخلاف ﴿و﴾ الاقتصار على المتيقّن من إطلاق النص ، عدا ماخرج من المنحة بدليله ﴿ هي كلّ مايصحّ الانتفاع به ﴾ شرعاً ﴿ مع بقاء عينه ﴾ منفعة معتداً بها عند العقلاء ، ولوغير معتادة من تلك العين ﴿ كالثوب و الدابة ﴾ و الدّار و الدّراهم للتزين بها ، أولارهانها و نحوها ، لا مثل الاطعمة و الاشربة و نحوهما لارادة الانتفاع بها بالاكل و الشرب ونحوهما ، ممّا يكون منفعة باتلاف عينه ، ولا مثل أواني الذهب والفضّة ، للاكل و الشرب ، وكلب الصيد للّهو و الطرب ، و الجواري للاستمتاع بهنّ ، بلاخلاف ولا إشكال في شيء من ذلك .

نعم في الرياض « إلا في المقصود بقولهم لايجوز إعارة مالا يمكن الانتفاع به إلا باتلافه فانّه غير واضح إن ظهر من المعير الرضا باتلاف العين بقوله أعرتكه مع القرينة ، فانّ المعيار في جوازه هو رضاه به ، وقد حصل في محل الفرض ، و إن هو إلاّ كالهبة و الاباحة ، و إن عبّر عنهما بلفظ العارية ، ولا مدخل للّفظ الفاسد معناه في اللغة و العرف .

نعم حيث لايعلم الرضا بالاتلاف إلا به ، إتجه ما ذكروه ، لاشتراط استفادته

منه بدلالته عليه ، ولو بالالتزام ، ودلالة لفظ العارية بمجرده على الاتلاف فاسدة ، لعدم استنادها إلى عرف أو لغة ، لأن وضع العارية فيها بحكم الوضع والتبادر إنّما هو لما لايتم الانتفاع به إلا مع بقاء عينه ، ولعلّ هذا هو مراد الاصحاب .

قلت يمكن أن يكون مرادهم ترتب الضمان على الاتلاف المزبور ، و إن كان بالاذن ، إلا أنّها بعنوان العارية ، زعماً منه عموم موضوعها أو تشريعاً ، ودعوى كونه هبة أو اباحة و ان كان الدفع بهذا العنوان ـ واضحة البطلان ، إلاّ أن ينصب قرينة على إرادتهما من اللفظ المزبور ، وقد ذكرنا سابقاً أنّ كثيراً من أفراد العقود يميّزها القصد ، فمتى وقع منه بهذا العنوان ، والفرض عدم كونه فرداً منه لم يجر عليه شيء من حكمه ، بل يجري عليه ما تقتضيه القواعد في مثله .

نعم قد يتوقف في ضمانه من غير تعد . ولا تفريط من قاعدة « ما لا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده » و من خروجه عن أصل موضوع العارية حتّى الفاسد ، و لعلّ الاخير هو الاقوى في النظر .

﴿و﴾ كيف كان فلا إشكال في أنّه ﴿تصح استعارة الارض للزراعة والغرس والبناء و﴾ لكن ﴿ يقتصر المستعير على القدر المأذون فيه ﴾ كما هو صريح المسالك والروضة وغيرهما ، وظاهر الدروس و اللّمعة ، لاصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه فلا يجوز التعدي إلى الادنى فضلا عن المساوي .

﴿ وقيل ﴾ كما عن المبسوط والغنية و السرائر ﴿ يجوز أن يستبيح ما دونه في الضرر ﴾ لا ما فوقه ﴿ كأن يستعير أرضاً للغرس فيزرع ﴾ فيها لا العكس ، بل عن الاوّل نفي الخلاف فيه بل في القواعد وعن التذكرة و التحرير التصريح بجواز المساوي أيضاً ، بل عن جامع المقاصد ظاهر كلامهم أن الحكم بذلك إجماعي .

﴿و﴾ لكن لاريب في أن ﴿ الاوّل أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، المقتضية عدم جواز التعدى عن غير المأذون ، و إن كان أدون أو مساوياً ، بعد فرض عدم حضوره في الذهن عند الاذن ، ودعوى الانتقال إليه من الاذن في المعيّن للمساواة أو الاولويّة واضحة المنع ، فان المساواة في الانتفاع بالنسبة الى الارض أو الدون لاتقتضي المساواة

في الاذن كما هو واضح .

نعم لو أريد من التعيين التقدير في الاذن في المنفعة ولو بالقرينة إتجه حينئذ التخطّي ، والا فلا ، من غير فرق بين المساوي والادنى ، فما في الرياض - من الفرق بينهما بالاولوية في الثاني دون الاوّل - واضح المنع .

نعم قد يعلم من الفحوى الاذن في بعض المنافع ، لكن ذلك لايدخلهافي العارية إلاّ إذا كانت ولو بالقرينة من حيث الاعارة للمنفعة المعيّنة في العقد على إشكال ، بخلاف الفحوى من غير ذلك ، إذ هو حينئذٍ كغيره من الاعيان المتناولة بالفحوى ، وكان هذا هو السرّ في اشتباه بعض الاعلام في المقام . والله الحافظ من زلل الاقدام و الاقلام هذا كلّه مع الاطلاق ، و إلاّ فلا إشكال في عدم الجواز مع النهي .

و على كلّ حال فلو تعدّى و فعل الاضر فعليه الاجرة للمالك تامّةعلى الاقوى بمعنى أنّه لايسقطمنهاماقابل قدر المأذونفيه من المنفعة ، للاصل السّالمعن المعارض من غير فرق في ذلك بين المخالفة للنهي ، أو للاطلاق المفروض عدم تناوله .

لكن في القواعد « ولو أذن في زرع الحنطة تخطى إلى المساوى والادون ، لا الاضرّ ، ولو نهاه حرم ، و عليه الاجرة لو فعله ، و الاقرب عدم اسقاط التفاوت مع النهي ، لا الاطلاق » و فيه أن التخطي في الحالين غير مأذون فيه ، أقصاه أنّه في احداهما نص على المنع و في الاخرى جاء المنع من أصل الشرع ، فهو كمن استوفى منفعة ملك غيره بغير إذنه ، أو مع نهيه بالنسبة إلى استحقاق الاجرة .

أللهم إلا أن يقال : إنّه مع النهي يحصل تقييد المنفعة المأذون بغير المنهىّ عنها ، أما مع الاطلاق فله استيفاؤها في ضمن أيّ فرد ، ولو مالا يدخل في المطلق ، إلاّ أنّه يضمن حينئذ الزايد عليها ، لكنه كما ترى .

نعم لوأذن له في تحميل دابة قدراً معيناً فزاد عليه ضمنأجرة الزايد قطعاً . و تسقط أجرة قدر المأذون ، كما صرّح به غير واحد ، بل قطع به بعضهم ، و مثله لوزرع المأذونو غيره ، وما لو ركبها وأردف غيره ، مع أنّ السقوط لا يخلو أيضاً

من نظر ، ضرورة ظهور تقييد الاذن في الاقل بعدم دخوله في ضمن الاكثر ، فيستحق حينئذ أجرة الجميع ، و الاولى جعل المدار على مايفهم من العبارة ، ولعله مختلف والاصل اختصاص الغرامة بالزايد ، وهو مراد الجماعة و الله العالم .

﴿ وكذا يجوز استعارة كل حيوان له منفعة كفحل الضراب ﴾ و ان استلزم اتلاف عين مائه ، إلا أنه من التوابع للنزو وادخال الفرج و نحوهما التي لا تقدح ، أو علم بالسيرة جوازها ، ﴿ والكلب و السنور ﴾ وغيرها من الحيوانات المملوكة وإن لم يكن لها منفعة يصح التكسب بها ، ضرورة وضوح الفرق بين سفه التكسب و الاباحة بلا عوض ﴿ والعبد للخدمة ، و المملوكة ولو كان المستعير أجنبياً منها ﴾ و كانت شابة جميلة ، بلا خلاف أجده فيه عندنا ، خلافاً لبعض العامة ، فمنع عارية الشابة الجميلة لمن لايوثق به ، لبعض الوجوه الاستحسانية التي ليست من مدارك الاحكام الشرعية عندنا .

نعم قيل : يكره إعارتها للاجنبي ، وتتأكد إذا كانت حسناء خوف الفتنة ، بل عن التذكرة وغيرها تأكدها في الشابة لمن لايوثق به ، كما صرح غير واحد كراهة استعارة الابوين للخدمة ، وبالاستحباب للرفاهية ، والامر سهل .

﴿ و ﴾ لاخلاف ظاهراً كما اعترف به بعضهم في أنه ﴿ يجوز استعارة الشاة المحلب و هي ﴾ المسماة بـ ﴿ المنحة ﴾ بل عن بعض متأخري المتأخرين الاجماع عليه وهو إن تم كان الحجة في مخالفة الضابط السابق ، لا الاصل المقطوع بما سمعت ، ولا تسلط الناس على أموالها الذى لا يقتضي مشروعية العارية ، ولا كونه كالوكالة في الانتفاع ، ولا الحاجة إليها كي يناسب شرعها سهولة الملة و سماحتها ، ولا غير ذلك مما ذكر في كلام بعض متأخري المتأخرين مما لا يصح لاثبات مشروعيتها عارية المنافي للضابط السابق ، بناء على أن المنفعة إذا كانت عينا لا تدخل ، و إن سميت منفعة و صح تسبيلها في الوقف ، إلا أن مورد الاجارة والعارية ما ليس بعين من المنافع إلا ما خرج بالدليل ، للاجماع بحسب الظاهر على ذلك ، ولانه المتيقن من النص و الفتوى

وحينئذ فلا بد لعارية المنحة من دليل ، وليس إلاّ الاجماع إن تم ، اذ لم نجد في شيء من نصوصنا الدالّة عليها .

نعم في التذكرة الاستدلال عليها بما عن النبي صلى الله عليه وآله (١) « العارية مؤدّاة ، و المنحة مردودة ، والدين يقضى ، و الغريم غارم » وهو مع أنّه من طرق العامّة لادلالة فيه الاّ على مشروعية المنحة التى يمكن استفادتها من السيرة المستقيمة أيضاً ، و هو لا يقتضي كونها عارية ، بل لعلّه ضرب من الاباحة ، بل لعل الخبر المزبور ظاهر في كونها ليست من العارية ، و أغرب من ذلك الاستدلال عليه بحسن الحلبي عن الصادق عليه السلام (٢) « في الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سنة شيئاً معلوماً أودراهم معلومة من كلّ شاة كذا وكذا قال : لا بأس بالدراهم ولست أحبّ أن يكون بالسمن» و صحيح ابن سنان (٣) « سأله أيضاً عن رجل دفع الى رجل غنمه بسمن و دراهم معلومة ، لكلّ شاة كذا وكذا في كلّ شهر ، قال : لا بأس بالدراهم و أمّا السمن فما أحبّ ذلك الاّ أن تكون حوالب فلا بأس بذلك » بتقريب أنّه اذا جاز مع العوض فبدونه أولى ، اذ هو كما ترى لا يقتضي الجواز عارية ، كما أنّ جوازه مع العوض إما لكونه قسماً من الصلح ، أوأنّ ذلك بخصوصه مشروع .

وعلى كلّ حال فلا دليل سوى الاجماع المدعي إن تم ، وظني أنّه مأخوذ من معلومية مشروعية المنحة من الفتاوى والسيرة المستمرّة لكنّه كما عرفت لا يقتضي الجواز عارية ، ولعلّه قسم من الإباحة ، وحينئذ يتّجه التعدّى إلى غير الشاة ، كما هو المتعارف في هذا الزمان في البقر ، و إلى غير اللبن كالصوف والشعر و الوبر ، أما على العارية فلا وجه للتعدى المزبور مع مخالفته للضابط السابق ، كما لا يتعدى من جوازه عارية إلى جوازه إجارة ، بعد اتحادها مع العارية في الضابط السابق ، وربّما تختص الاجارة بالجواز للرضاع في الإنسان بخلاف العارية ، فلا يجوز استعارةالأمة له حينئذ ، وإن جاز استيجارها ، وأغرب من ذلك ما عن الغنية في باب الهبة « ومن

(١) المستدرك ج ٢ ص ٤٨٩ و فيه والدين مقضى .

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ٩ - من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث - ١ - ٣ .

منح غيره بقرة أو ناقة أو شاة لينتفع بلبنها مدّة لزمه الوفاء بذلك ، إذا قصد بها وجه الله تعالى شأنه » إذ هو كما ترى لا يدخل في الهبة قربة إلى الله تعالى لتجدّد الحلب آناً فآناً ، كما لا دليل على لزومها منحة أو عارية مالم يكن ملزم خارجي من عهد أو نذر أو يمين أو اشتراط في عقد لازم كما هو واضح . هذا .

وفي بعض نسخ الكتاب ﴿ولا يستباح وطي الأمة بالعارية ، وفي استباحتها بلفظ الاباحة تردّد ، والأشبه الجواز﴾ وتعرف الكلام فيه إنشاء الله تعالى في كتاب النكاح عند تعرض المصنف له والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فلا خلاف ولا اشكال في انّها ﴿تصحّ الاعارة مطلقة و مدّة معيّنة﴾ لاطلاق الادلّة ، لكن المراد بصحّتها مدّة ، عدم الاذن فيما بعدها ، لا لزومها إليها نحو ما سمعته في عقد القراض ، ﴿و﴾ حينئذ ف﴿للمالك﴾ في الحالين ﴿الرجوع﴾ بها لما عرفت من كونها عقداً جائزاً .

﴿و﴾ من ذلك ما ﴿لو أذن له في البناء أو الغرس﴾ مطلقاً أو إلى مدّة ، ﴿ثمّ أمره بالازالة وجبت الاجابة﴾ خلافاً للمحكي عن أبي علي فلم يوجبها قبل انقضائها في خصوص عارية الارض القراح للغرس والبناء ، بل في محكي المبسوط إذا أذن له أي في الغرس إلى سنة ورجع قبلها لم يلزمه القلع بلا خلاف ، إلا أنّه مع عدم كونه خلافاً في جواز العارية ، لما عرفته سابقاً من أعمية عدم وجوب القلع لذلك ضرورة تحقق انفساخها بالفسخ و إن لم يلزمه الاجابة ، لكن تتعيّن عليه الاجرة مثلاً .

﴿وكذا﴾ الكلام ﴿في﴾ عارية الارض ﴿للزرع﴾ فانّ له الرجوع ﴿ولو قبل إدراكه على الأشبه﴾ بأصول المذهب و قواعده التي منها معلوميّة جواز عقد العارية الذي منه محل البحث ، خلافاً للمحكي عن الشيخ و ابن ادريس من وجوب الوفاء على المعير في الزرع إلى حين إدراكه ، لأنّ له وقتاً ينتهي إليه ، و ظني أن مرجع كلامهما إلى عدم وجوب الازالة ، لا إلى عدم جواز العارية ، و بينهما فرق واضح .

و الذي يقتضيه النظر في المسألة أنّه لاينبغي التأمّل في جواز عقد العارية هنا لعموم مادلّ عليه ، و عموم (١) « تسلط الناس على أموالها » و أنها قسم من الاباحة و البرّ و الاحسان وغير ذلك ، إنّماالكلام في حكم الغرس والبناء والزرع بعد فسخها ضرورة رجوع الامر حينئذ إلى تزاحم الحقوق ، اذ المستعير ليس ظالماً في عرقه و قاعدة لا ضرر ولاضرار جارية في المقام بالنسبة إليهما معاً .

ومن هنا قال المصنف وغيره : ﴿و على الآذن الارش﴾ فاحتمال تسلط المعير على الازالة مطلقاً بلا أرش للاصل ، ولانّ المستعير هو الذى أدخل الضرر على نفسه باقدامه على العارية التي يجوز فسخها في كل وقت ، لايخفى عليك ما فيه ، لانقطاع الاصل بما عرفت من القاعدة ، والاقدام على العارية أعمّ من الاقدام على الضرر المبنى على اقتضاء التسلط بفسخها على ذلك ، وهل هو الامصادرة ؟

ومن هنا نفى الخلاف بعضهم عن وجوب الأرش في المقام وإن استشكل فيه بعضهم إلا أنّ الاشكال ليس خلافاً ، كما أنّه يمكن نفيه أيضاً عن تقديمه على المستعير وإن بذل الاجرة ، ولعلّ ذلك كاف في ترجيحه على الاخر عند المزاحمة لو أراد بذل الاجرة للبقاء ، أو القيمة للأرض ، ولذا كان المتجه فيهما التراضي لدفع صاحب الارض قيمة الغرس .

أمّا موثق محمد بن مسلم (٢) عن أبي جعفر عليه السلام - « في رجل اكترى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلا وأشجاراً وفواكه وغير ذلك ، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك ، فقال : عليه الكرى ويقوّم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل ، فيعطيه الغارس إن كان استأمره في ذلك ، وإن لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء وله الغرس والزرع ويقلعه ويذهب به حيث شاء » - فلم أجد عاملاً به ، عدا ما عن المبسوط من إجبار الغارس على القبول مع دفع القيمة ، مع أنه مضطرب ، لأنّه على ما في الكافي بعد قوله فيعطيه الغارس ، « و إن كان استأمره فعليه الكرى وله الغرس

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبعة الحديثة .

(٢) الوسائل الباب - ٣٣ من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ١ .

و الزرع يقلعه ويذهب به حيث شاء » وحينئذ يكون دالا على أنّ لصاحب الارض المغصوبة تملك مازرعه الغاصب فيها و غرسه ، كما عن أبي علي رحمه الله .

ولا ريب فيمنافاته حينئذ لاصول المذهب وقواعده ، ويأتي إنشاء الله تمام الكلام في ذلك في كتاب الغصب . ولكن لاكلام هنا في ترجيح جانب المعير على حسب ماعرفت والله العالم .

إنّما الكلام في أمرين أحدهما : عدم التسلط على الازالة إلاّ بعد دفع الأرش و لعلّه الظاهر من قول المصنف ﴿ وليس له المطالبة بالإزالة من دون الارش ﴾ بل جزم به في المسالك وظاهره الاجماع عليه ، قال : « لاتجب اجابته الى القلع قبل دفعه وان بذله لاحتمال تعذر الرجوع عليه بافلاس أوغيبة ونحوهما ، فيضيع حقّ المستعير ويلزم الضرر ، بخلاف مالودفع أوّلا، فان غايته أن يهرب المستعير أويتعذر مباشرته للقلع ، فيباشره المعير باذن الحاكم مع امكانه ، أولامعه مع تعذّره ، و تعذر اذن المالك، فلا يحصل الضرر ، ثم قال : لكن هذا الدفع نوع من المعاوضة ، ومن شأنها أنهمامع الإختلاف يجبران على التقابض معاً من غير أن يسبق أحدهما الآخر، و انّما حكم هنا بسبق دفع الارش ، لأنّ المعية غير ممكنة ، وفي بسط الدفع على الأجزاء حرج وعسر ، والضّرر عن الدافع مندفع ، بخلاف العكس ، فلذلك حكموا بتقدمه » .

قلت يمكن ارادة المصنف عدم السّلطنة له على المطالبة بازالته مجانا ، وليس هو بصدد سبق الدفع وتأخره ومقارنته ، ضرورة كون ذلك من الأحكام لا المعاوضات ، بمعنى تسلط المعير على طلب الازالة من المستعير ، وعليه الارش ، فلكل منهما حقّ على الآخر لامدخلية له فيه ، و عصيان أحدهما فيه لايقتضي الجواز للاخر ، وكلام المصنف وماشابهه انّما هو في عدم استحقاق الازالة بدون استحقاق الارش ، لابدون سبق دفع الارش الّذي لم يقم عليه دليل معتبر ، بل لعلّ ظاهر الادلّة خلافه ، والامور الاعتبارية مع انها غير تامّة لاتصلح لان تكون مدركا شرعيا والله العالم .

ثانيهما : أن المراد بالارش على مافي المسالك هو تفاوت مابين كونه منزوعاًمن

الارض وثابتاً قال : « وهل يعتبر فيه مجّاناً أو بأجرة ؟ كلام الشيخ صريح في الاوّل وهو الظاهر من كلام المصنف والجماعة ، مع احتمال اعتبار الثانى ، بل اختاره بعد ذلك ، وحكاه عن التذكرة قال : لانّ جواز الرجوع في العارية لامعنى له ، الا أن تكون منفعة الارض ملكا لصاحبها لاحقّ لغيره فيها ، وحينئذٍ فلا يستحق الا بقاء فيها الاّ برضاه بالاجرة ، وحق المستعير يجبر بالارش ، كما أنّ حق المعير يجبر بالتسلط على القلع ، ويأخذ الاجرة لو اتفقا على ابقائها » .

قلت : قد أطنبنا سابقاً في نظير المسألة وقلنا إنّه لا وجه لاعتبار البقاء مجّاناً أو بالاجرة في التقويم بعد فرض عدم استحقاق شيء منهما لذي الغرس أو البناء ، بل هو في بعض الأفراد كمال الضرر على المعير ، خصوصاً مع ملاحظة البقاء مجّاناً في التقويم .

فالمتجه حينئذ أنّ المراد بالارش هو تفاوت حالي الشجرة بالقلع و عدمه إن كان ، ونقص آلات البناء بسبب الهدم ، بمعنى ضمان نقصها الحاصل بالقلع و الهدم من حيث كونه قلعاً وهدماً ، من غير ملاحظة البقاء مغروساً و مبنيّاً ، الذى هو غير مستحق للمستعير لا مجّاناً ولا بأجرة .

ولعلّه المراد فيما حكى عن المبسوط وغيره من أنّه التفاوت بين كونها مقلوعة وقائمة من غير مراعاة للبقاء ، بل يكون المعير حينئذ مع استحقاقه القلع كالغاصب في الغرامة ، بل ربما استغرقت القيمة بملاحظة ذلك ، خصوصاً مع المجانية اضعاف قيمة الارض كما هو واضح بأدنى تأمّل هذا .

وقد يتوهم من إطلاق المصنف عدم الفرق فيما ذكره من الارش بين انقضاء الوقت في الموقتة و بين الرجوع قبله ، و وجهه في الثانى واضح ، ضرورة كون الرجوع قبل الوقت كالرجوع في المطلقة ، أمّا ثبوته في الموقتة بعد انقضاء الوقت فقد يشكل ، بأنّ فائدة التوقيت ذلك .

ومن هنا جزم في القواعد و محكي التحرير و جامع المقاصد بأنّ له الإلزام

بالقلع مجّاناً .

لكن عن التذكرة أنّ فائدة التوقيت تجديد الغرس للمستعير في كلّ يوم إلى انقضاء المدّة ، إلى أن قال : «ثمّ للمالك الرجوع في العارية قبل انقضاء المدّة بالارش وبعدها مجّاناً إن شرط المعير القلع ، أو نقص البناء بعد المدّة ، أو شرط عليه القلع متى طالبه به عملاً بالشرط ، فانّ فائدته سقوط الغرم ، فلا يجب على صاحب الأرض ضمان ما نقص الغرس بالقلع ـ

وإن لم يكن شرط القلع واختاره المستعير كان له ذلك ، وإن لم يختر القلع وأراده المعير فلا بدّ من الأرش » .

إلا أنّه لايخفى عليك ما فيه من منافاته لاصالة براءة الذمّة السالمة عن المعارض ضرورة عدم حقّ له بعد انتهاء المدّة ، ولا مدخليّة لاشتراط القطع وعدمه ، كما لو استأجر منه أرضاً لذلك مدّة فانتهت ، وأراد المالك تفريغ أرضه .

نعم قد يتوقف فيما لو أعاره للزرع مدّة معيّنة ، فانقضت ولما يدرك ،لالتقصير منه بل لهبوب الرياح و قصور الماء ونحوهما ممّا هو ليس من تقصير المستعير ، بل عن التذكرة الجزم باستحقاق الارش كالعارية المطلقة ، ولعلّه باعتبار أنّ له مدّة تنتظر فلا يعتد بالتأقيت القاصر عنها .

لكن لاريب في أنّ المتجه أيضاً عموم « تسلط الناس على أموالهم [1] » و « أن المؤمنين عند شروطهم [2] » ولم يصدر الإباحة من المالك إلاّ إلى الامد المخصوص الّذي قد دخل المستعير على القلع عند انقضائه ، كما عن المحقّق الثاني اختياره .

بل قال : ضعف الأوّل ظاهر لايخفى ، كما أنّه قال : إنّ موضع الاشكال إذا لم يكن عدم الإدراك مستنداً إلى تقصير المستعير ، فإن أخّر باختياره حتى ضاق الوقت وجب القلع مجّاناً قطعاً والله العالم .

﴿ ولو أعاره أرضاً للدفن ﴾ لميّت محترم فدفنه فيها ﴿ لم يكن له إجباره

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبعة الحديثه .

(٢) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من ابواب المهور الحديث ـ ٤

على قلع الميّت﴾ و نبشه وإخراجه إلى أن يطمئنّ باندراسه بالنسبة إلى تلك الارض على وجه لاينافي احترامه ، بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه .

ولعلّ ذلك هو المراد ممّن حكاه على لزومها ، لا أنّ المراد عدم جواز فسخها ، فانّ له ذلك باعتبار كونها عقداً جائزا ، وتظهر الثمرة فيما لو اتفق نبشه من نابش فانّ إعادته حينئذ تحتاج إلى إذن جديدة ، والاجرة ، بناء على استحقاقها في مثله وفي غير ذلك .

لكن من المعلوم أن ذلك بعد تحقق الدفن الذى يحرم معه النبش أمّا الرجوع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميّت فلا كلام في ترتب حرمة الدفن حينئذ عليه ، بل صرّح غير واحد من الأصحاب بأنّه كذلك بعد الوضع قبل المواراة ، لعدم صدق النبش حينئذ .

ألّلهمّ إلّا أن يقال : إنّه وإن كان كذلك إلا أنّه يمكن دعوى مساواته له ، لما في الاخراج من هتك الحرمة ، ولذا أمروا بقرض نجاسة الكفن فيه إذا لم يمكن غسلها ، بل قيل : لم يجوزوا نقله إلى قبر آخر .

لكن الانصاف عدم الاكتفاء بذلك دليلا لمثل ذلك ، بل لولا الاجماع هنا على حرمة النبش لامكن القول بجوازه ، لعموم « تسلّط الناس » ولاولويته من جملة من الامور التي جوزوا النبش لها ، مع أنّه لا إطلاق ولا عموم على حرمته ، كي يتمسّك بهما إلاّ الاجماع الّذى لولا اعتضاده بما هنا ، لامكن المناقشة في تناول معقده لما هنا .

هذا كله إذا لم يكن للمستعير جهة جواز للنبش ، وإلاّ لاتجه إلزامه به ، ولو للنقل إلى المشاهد المشرّفة بناء على جوازه لها ﴿وللمستعير أن يدخل إلى الارض﴾ التي استعارها للغرس والبناء والزرع للتنزه ولغيره . ﴿و﴾ لأن ﴿يستظل بشجرها﴾ في نوم ويقظة لأن ذلك كلّه ونحوه من توابع مثل هذه العارية في العادة ، وقد سمعت سابقاً أنّ له الانتفاع بما جرت العادة به .

فما عن المبسوط وغيره من عدم الجواز في غير محلّه ، وإن وافقه عليه في الجملة في التذكرة والقواعد ، وجامع المقاصد ، والمسالك ، و الروضة ، فلم يجوّزوا دخوله

للتفرج ، لانّ الاستعارة وقعت لمنفعة معيّنة ، فلا يتعدّاها . و إنّما يجوزالدخول له لسقي الشجر و مرمّة الجدر و نحوهما ممّا فيه مصلحة المال و صونه عن التلف .

إلاّ أنّه كما ترى ، بل لا يبعد أن يكون ذكر المصنّف لذلك تعريضاً بماسمعته عن المبسوط .

ومنه يعلم ما في المسالك فانّه قد أطنب في بيان انفراد المصنف في ذكر هذا الحكم للمستعير على ماوجده في النسخ . قال : « وحقّه أن يقول : للمعير . على ما وجدته في سائر كتب الفقه التي تعرّضوا فيها لهذه المسألة من كتبنا و كتب غيرنا » .

و النكتة بالنسبة إلى المعير واضحة ، كما ذكرناه ، وأمّا المستعير فعلى تقدير جواز استظلاله لا نكتة في تخصيصه من بين الوجوه التي ينتفع بها ، ثمّ ساق جملة ممّا وجده من عبارات الاصحاب ، إلى أن قال : نعم ذكر الشهيد في اللمعة جواز استظلال كل منهما بالشجر ، هو أجود من الاقتصار على المستعير إلاّ أن يجعل نكتة الاقتصار عليه بيان الفرد الاخفى » .

قلت : قد عرفت أنّ غرض المصنف و الشهيد التعريض بمن لم يجوز ذلك للمستعير ، و اختصاصه بالمعير ، باعتبار كونه مالكاً للارض ، فله الدخول إليها و الاستظلال بما فيها ، لعدم كونه تصرفاً بغير ارضه ،كالاستظلال بحائط الغير ، و إنّما يمنع من التصرف بالبناء أو الغرس ، بخلاف المستعير الذي ليس له التصرف إلاّ في المنفعة التي أباحها المالك له ، وهي الغرس و البناء و الزرع و توابعها ممّا يصلحها و يحرسها عن التلف .

ولا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرناه وجه النظر في ذلك بل و في انتفاع المعير في البناء و الغرس من دون إذن المالك ، بناء على أن مثله تصرف ، كما جزم به بعض مشايخنا فأبطل الصلاة تحت السقف المغصوب ، كما ذكرناه في كتاب الصلاة ، ولكن قد منعنا كونه تصرّفاً صلاتياً ، ثمّ هو انتفاع به حال الصلاة .

و لعلّ كلام الاصحاب هنا مؤيد لما قلناه ، بل ظاهرهم عدم حرمة ذلك مطلقا على المعير ، إذ ليس هو إلا تصرفاً في أرضه ، و إن قارن ذلك انتفاع له على نحو

الاستضاءة بنار الغير ، وهو جالس في ملكه .

إلاّ أنّ الانصاف عدم خلو ذلك من اشكال ، مع فرض قصد استيفاء منفعة الاستظلال بالسقف دفعاً للمطروالحرّ و نحوهما ، إذ هو إن لم يكن تصرّفاً فيه فلا ريب في كونه انتفاعا به على وجه يضمن أجرته للمالك ، هذا .

وربما ظهر من بعضهمأن موضوع الحكم هنا ما إذا رجع المعير في العارية ، و أن المراد بيان أن له قبل دفع الارش وحصول القلع الدخول إلى أرضه والتصرف فيها وان استلزم الاستظلال ونحوه بغرس الغير وبنائه ، وليس للمستعير الدخول إلاّ لمصلحة ماله وحفظه من سقي ومرمّة بناء ونحوهما ، بل ربما ظهر من بعضهم التوقف في ذلك من دون استيذان أولا .

ولكن لايخفى عليك أنه مخالف لظاهر أكثر عبارات الاصحاب ، وإن كان الحكم في حدّ ذاته ممكنا ، والامر سهل بعد فرض معلومية الحكم على كل حال .

﴿و﴾ كيف كان فقد تقدم في كتاب الصلح من المصنف أنه ﴿ لو أعار جداره لطرح خشبة و ﴾ وضعها و ﴿ طالبه ﴾ بعد ذلك ﴿ بازالتها ﴾ لم يكن له ذلك ،لان المراد به التأبيد ، ثمّ استحسن الجواز ، وقد ذكرنا هناك ما عندنا .

لكن قال هنا: ﴿ كان له ذلك، إلاّ أن تكون أطرافها الاخر مثبتة في بناء المستعير ف ﴾ ليس له الزامه بالازالة ، وإن بذل الارش ، لانّه ﴿ يؤدي إلى خرابه ، و ﴾ إلى ﴿ اجباره على إزالة جذوعه عن ملكه ﴾ أي المستعير ، وهو المحكي عن مبسوط الشيخ والسرائر و الدروس .

﴿و﴾ لكن ﴿ فيه تردد ﴾ من ذلك ، ومن معلومية جواز عقد العارية المقتضي لوجوب تفريغ ملك المعير ، وإن توقف على تخريب ملكه ، بل قيل : انّه الذي أقدم على ذلك بإقدامه على العارية ، فهو في الحقيقة الذي أدخل الضرر على نفسه .

نعم لما لم يكن ظالماً في وضعه، جبّره الشارع بالأرش ، ودعوى لزوم هذه العارية باعتبار بنائها على التأبيد و الدوام لاترجع إلى محصل ، يجوز الاعتماد عليه شرعاً ، بل لو بذل الاجرة لم يلزم صاحب الجدار اجابته ، ترجيحاً لحقّ صاحب الجدار عليه

لفحوى ماسمعته في الغرس و البناء الذي قد وافق الخصم عليه هناك ، هذا وقد تقدّم في كتاب الصلح ماله نفع في المقام فلاحظ و تأمّل ، والله العالم .

﴿ ولو أذن له في غرس شجرة ﴾ مثلا فغرسها ، وبقيت مدّة ﴿ف﴾ اتّفق أنها ماتت أو ﴿ انقلعت﴾ لهواء خارق ونحوه ، ﴿ جاز ﴾ عند بعض ﴿ أن يغرس غيرها إستصحاباً للإذن الاوّل ﴾ التي لم يتعقبها رجوع .

﴿ وقيل : يفتقر إلى إذن مستأنف ، وهو أشبه ﴾ باصول المذهب و قواعده المقتضية حرمة التصرّف في مال الغير بغير إذنه ، إذ الاولى قد انتهت بحصول مقتضاها ، وغرس الشجرة الاخرى شيء جديد ، بل إن لم يكن ثمّ قرينة يشكل إعادة غرسها ، إذ الظاهر أنّ الإذن في الغرس كالأمر به تحقق بالمرّة .

نعم في التذكرة : « لو انقلع الفصيل المأذون له في زرعه في غير زمنه المعتاد ، أوسقط الجذع كذلك وقصر الزمان جداً فالأولى أن يعيده بغير تجديد الإذن ، ولعلّه لأنّه من الإذن الاولى ، لعدم تحقّق مقتضاها المأذون فيه . كما هو واضح .

بل هذه المسائل ونحوها ممّا لاحظّ للفقيه فيها ، لاختلافها باختلاف القرائن الحالية ، فضلاً عن غيرها .

﴿و﴾ لا إشكال كما لاخلاف عندنا في أنّه ﴿ لا يجوز إعادة العين المستعارة ، إلا بإذن المالك ﴾ ضرورة اقتضاء عقد العارية الإباحة لخصوص المستعير لا تمليكه إيّاها .

﴿و﴾ كذا ﴿ لا ﴾ يجوز له ﴿ إجارتها ﴾ بل هو أولى منه ، خلافاً لما عن بعض العامة من جوازه ، قياساً على الإجارة ، وهو مع بطلانه في نفسه مع الفارق ، فلا ريب في عدم جوازه ولا غيره من النواقل أو المبيحة ﴿ لـ ﴾ ما عرفت من ﴿أنّ المنافع ليست مملوكة للمستعير ، وإن كان له استيفاؤها ﴾ بنفسه أووكيله على وجه يعود الانتفاع له ، مع كون العين في يده أو في يد الوكيل باذن المالك ، وليس هو من الاعارة .

ثمّ إنّ الظاهر كون الإعارة الثانية مع فرض إذن المالك إنّما هي من الأوّل مع فرض كون الإذن على هذا الوجه ، فإنّه يصير حينئذٍ وكيلاً و نائباً ، فلا يقدح حينئذٍ جنونه ونحوه في بقائها .

نعم إذا أذن له في الإعارة لنفسه اتّجه حينئذٍ كون الإعارة منه ، و احتمال عدم مشروعيّة هذا القسم باعتبار اشتراط كون المعير مالكاً يدفعه اطلاق الادلّة ، و المسلّم منه مع عدم إذن المالك ، فيكون بالشرط حينئذٍ مالكاً أو مأذوناً .

وقد سمعت التسامح في العارية الّتي ذكر فيها المصنف صحة العارية من الصبيّ بإذن وليّه و ستسمع إنشاء الله في الوكالة بإذن الموكّل أنّها تقع على وجهين، الوكالة عن الموكّل ، والوكالة عن الوكيل لنفسه ، نحو ما سمعته في العارية هنا ، ولعل مثله يأتي في الوديعة ، وقد تقدّم منا سابقاً بحث فيه .

إنّما الكلام فيما يستفاد من إطلاق الإذن ، ولعلّ العارية من المستعير نفسه أظهر الفردين منه ، ولعل منه عارية الدار مثلاً على أن يدخل فيها من شاء من عياله وغيرهم ، فإنّ الاعارة لهم منه ، لا من المعير ، أو يقال : إنّ من انتفاعه انتفاعهم على نحو انتفاع دوابه ، والأمر سهل .

وكيف كان فلو خالف وأعار الغير فلا ريب في فساد العارية ، ولكن الكلام - في رجوع المالك على من شاء منهما بالعين والمنفعة ، مع ضمان العين وعدمها - ماسمعته في العارية من الغاصب ، وما عن الفاضل من الفرق بينهما في الجملة لا يخلو من إشكال كما أوضحنا ذلك كلّه هناك فتأمّل والله العالم .

الفصل الرابع : في الاحكام المتعلقة بها وفيه مسائل

﴿ الاولى ﴾ لاخلاف ولا إشكال في أن ﴿العارية أمانة﴾ كما قال الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي [١] « صاحب العارية و الوديعة مؤتمن » ونحوه غيره ، وحينئذٍ فهي كغيرها من الأمانات ﴿لا تضمن إلاّ بالتفريط في الحفظ أوالتعدى أو باشتراط الضمان﴾ زيادة على الوديعة للإجماع بقسميه ، والنصوص [٢].

(١ و ٢) الوسائل الباب - ١ - من ابواب أحكام العارية .

ولا ينافي ذلك بناؤها على التبرع حينئذ ، كما لا ينافي كونه شرطاً في عقد جائز إذ هو كالاجتهاد في مقابلة النص .

﴿و﴾ كذا تزيد على الوديعة بأنّها ﴿ تضمن إذا كانت ذهباً أو فضة و إن لم يشترط ﴾ الضمان ، بلاخلاف أجده فيه في الدراهم و الدنانير منهما ، بل الاجماع بقسميه عليه و النصوص .

إنّما الكلام في غيرهما من المصوغ وغيره الذى هو كذلك أيضاً في صريح اللمعة والمهذب و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان على ماحكى عن بعضها، وفي ظاهر المتن والنافع وغيرهما ممّن عبّر كعبارته ، كما عن المقنع والنهاية والمبسوط وفقه الراوندى ، والتحرير و الارشاد و المختلف وقواعد الشهيد .

بل لعلّه ظاهر الوسيلة والتبصرة المعبّر فيهما بالثمن المراد منه مطلق الذهب والفضّة ، كما في تعريف الصّرف ، أو الورق والعين المعبّر بهما في محكي المقنعة و المراسم و الكافي و الغنية و السرائر ، بناء على إرادة الفضّة من أوّلهما ، كما عن القاموس والنهاية وكتب التفسير ، أوهي مع الدراهم المضروبة ، كما عن مجمع البحرين والدينار و الذهب من ثانيهما كما عن القاموس أيضاً .

نعم عن الصّحاح تفسير العين بما ضرب من الدينار ، و الورق بما ضرب من الدراهم ، ولعلّه لذا نسب الحكم في المختلف إلى الشهرة بين الأصحاب ، و إلاّ فلم أجد خلافاً صريحاً قبله ، وإنّما هو من الفخر و القطيفى والكفاية و الرياض على ماحكى عن بعضها .

و على كل حال فهو الأقوى لصحيح زرارة(١) « قلت : لأبي عبدالله عليه السلام العارية مضمونة ، فقال : جميع ما استعرته فتوى فلا يلزمك تواه ، إلاّ الذهب و الفضّة ، فانهما يلزمان إلاّ أن تشترط أنّه متى توى لم يلزمك تواه ، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك ، و الذهب و الفضّة لازم لك و إن لم يشترط عليك » .

و اسحاق بن عمّار عنه(٢) أيضاً أو عن أبي إبراهيم عليه السلام « العارية ليس على

(١و٢) الوسائل الباب -٣- من أبواب أحكام العارية الحديث ٢-٣ .

مستعيرها ضمان ، إلاّ ما كان من ذهب أو فضّة ، فانّهما مضمونان اشترطا أولم يشترطا » .

ولا ينافي ذلك صحيح ابن سنان[1] عنه أيضاً « لا تضمن العارية إلاأن يكون قد اشترط فيها ضمان ، إلاّ الدنانير فانّها مضمونة و إن لم يشترط فيها ضماناً » الذي مثله خبر ابن مسكان[2] ولاخبر عبد الملك بن عمرو [3] عنه أيضاً « ليس على صاحب العارية ضمان ، إلاّ أن يشترط صاحبها ، إلاّ الدراهم فإنّها مضمونة اشترط صاحبها أولم يشترط » .

بعد ظهور اتّحاد المستثنى منه في جميعها في كون المراد تعدد الإخراج من العام ، فهي مخصّصات متعدّدة من عام متحد لا يقدح اخصية بعضها من بعض إذجميع المخصّصات متّحدة في الحكم الإيجابي الذي هو الضّمان ، فلا يحمل بعضها على بعض بعد عدم التنافي بينها .

بل ولا في اخراجها من العامّ ، ضرورة أنّ الخاص إذا اخرج من العام لايزيد دلالته على ما بقي من الأفراد على دلالته الاصليّة ، فليس حينئذٍ إلا خروج الخاص من العام .

و بذلك ظهر لك المراد من النصوص الّتي ما بين دالّ على عدم ضمان العارية أصلا ، وما بين مستثني الذهب و الفضّة ، وما بين مستثنى الدراهم ، وما بين مستثنى الدنانير .

خصوصاً بعد اتّفاقهم على عدم التنافي بين خبري الدراهم و الدنانير ، إذ ليس هو إلاّ باعتبار ظهورهما في إرادة تعدّد الإخراج من العامّ الذي هو بملاحظة كلّ واحد منهما لا يقتضي عدم قابليّة العام لاخراج غيره ، بل أقصاه بقاء ما عداه على دلالة العام الأوّل ، فاذا جاء ما يقتضي إخراج فرد آخر ضمّ إلى الفرد الآخر ، و هكذا .

(١-٣) الوسائل الباب -٣- من أبواب أحكام العارية الحديث ١- و ذيله - ٣ .

فهو بمنزلة أن يقول أكرم الرّجال ، ثمّ يقول : لا تكرم زيداً منهم ،وأخرى لاتكرم عمرواًوثالثةلاتكرم الجهال ، وفي الواقع كان زيد وعمرو من أفراد الجهّال فا نّه لايشكّ من له أدنى فهم بالخطابات العرفيّة إرادة إخراج الجهالمن الحكم الأوّل ، ولكن نصّ على زيد وعمرو للتأكيد ، ونحوه .

وبذلك ظهر لك مافي كلام فخر المحقّقين من حمل الذهب والفضّة علىالدرهم والدينار باعتبار أنّهما عامّانبالنسبة إليهما أومطلقين ، إذ قد عرفت أنّه لا تنافي بين حكم الجميع الذي هو الضمان .

فلا مقتضى للحمل المزبور ،كما أنّه لا تنافي أيضاً بين المستثنى منه فيالجميع إذ هو ليس إلا عدمضمان العارية الذي هو مضمون القسم الأوّل من النصوص ،وهذا واضح وإن أطنب في ردّه في جامع المقاصد ، و زاد في الأطناب ثاني الشهيدين في المسالك .

نعمفيالكفاية و تبعه في الرياض « أنتحقيق المقام حصول التعارض فيالنصوص المزبورة بينالمستثنى منهفيخبرالدّراهم والدنانير ، وحاصله لاضمان فيغيرالدراهمو الدنانير ، وبين المستثني في خبر الذهب والفضة ، والنسبة بين الموضوعينعموممنوجه يمكن تخصيص كلّ منهما بالآخر .

فا ن خصّ الأوّل بالثاني كان الحاصل لاضمان في غير الدراهم والدنانيرإلاّ أن يكون ذهباً أوفضّة ، وإن خصّ الثاني بالأوّلكان الحاصل كلمن الذهب والفضّة مضمون إلاّ أن يكون غير الدراهم والدنانير .

فالأمر المشترك بين الحكمين ثابت ، وهوحصول الضمان في الدراهموالدنانير فلا بد من استثناء هذا الحكممن عموم الأخبار الدالّة على عدم الضمان ، وتبقىتلك الأخبار في غير ذلك سالمةّ عن المعارض ، فا ن المتجه الحكم بعدم الضمان في غير الدّراهم و الدنانيرمن الذهب و الفضه » .

لكن لا يخفى عليك مافيه بعد الاحاطة بما ذكرنا ، ضرورة عدمكونالمستثنى منه في خبري عبد الملك و ابن سنان غيرالدراهم و الدنانير ، بل لا يصلح لأنيكون

ذلك مستثنى منه لهما ، وإن أراد الحاصل من المستثنى منه فيهما مع المستثنى ، فليس هو إلاّ ضمان الدّراهم و الدنانير لا غيرهما .

و ليس بين مجموع ذلك و بين الذّهب و الفضة تعارض العموم من وجه ، إذلا اختصاص في خبري الذهب و الفضة بالدلالة على عدم ضمانهما حتى يكون ذلك وجه افتراق لهما عن خبري عبد الملك و ابن سنان .

على انّ ذلك كلّه منّا مماشاة لكشف فساد المغالطة المزبورة ، و إلاّ فالواجب ملاحظة التعارض بين نفس الأدلّة من غير تقدير شيء ناشيء من الاجتهاد فيها ، ولا ريب في عدم التفاوت بين مضمون الجميع إلاّ باقتضاء الضمان في الحلبي و نحوها من خبر الذهب و الفضة ، و عدمه في خبر الدراهم و الدنانير ، و لكن من حيث حصر الضمان فيهما فلا ينافي حينئذٍ اخراج غيرهما بدليل آخر .

فليس حينئذٍ التعارض إلا بالعموم و الخصوص المطلق ، على هذا التقدير ، إذ ليس دليل سلب الضمان عمّا عداهما إلاّ هو مضمون القسم الأوّل من النصوص ، و هو عدم الضمان في العارية مطلقا الذي لا ينافي الإخراج بخبري الذهب و الفضة كما هو واضح بأدنى تأمّل .

و أمّا تقدير غير الدرهم و الدينار وملاحظته مهملاً عن اخراجهما مع موضوع الذهب و الفضة الشاملين لهما و جعل التعارض بينهما من وجه إلى آخر ما سمعته فهو شيء خارج عن النصوص ، صاغه الوهم ، فصار مغالطة على الأفهام الرديّة التي لا تفرق بين مفاهيم الألفاظ و مصاديقها ، إذا كان فيها نوع خفاء .

و حينئذٍ لا يحتاج إلى ردّه بالترجيح بالشهرة العظيمة بين الأصحاب ، ولا بأن اهل العرف لا يفهمون من ذلك إلاّ تخصيص الأوّل بالثاني ، ولا بعموم (١) « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » ولا باستلزام العكس إخراج لفظ الذهب والفضة عن الحقيقة بخلاف الأوّل الذي فيه تكثير أفراد إخراج المخصّص بعد العلم بالتخصيص في الجملة ، ولا إلى غير ذلك ممّا عرفت الاستغناء عنه .

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٢ .

و حينئذٍ فلا محيص عمّا عليه الأصحاب من ضمان مطلق الذهب والفضة ، بل الظاهر كونهما كذلك سواء كان معهما غيرهما ، أولا ، مزجاً أو غيره ، ﴿ إلاّ أن يشترط سقوط الضمان ﴾ فيسقط حينئذٍ للاصل ، و الاقتصار في الخروج عن عموم عدم الضمان على المتيقن الذي لم يشترط فيه ذلك ، و عموم[1] « المؤمنون » وخصوص صحيح زارة[2] المتقدم القاطع للشك في ذلك .

نعم قد يشك في اعتبار الشرط المزبور في الضمان بالتعدي و التفريط في ابتداء عقد العارية باعتبار أنه اسقاط للواجب قبل وجوبه ، و منافاته لاطلاق ما دلّ على تسبيبهما ذلك ، مع أنه لا يخلو من قوة ، لأنه في قوّة الإذن في الإتلاف ، و للشك في السبّبية معه ، و الاصل براءة الذمّة .

أما ما قيل ـ من عدم اعتباره أيضاً في عارية مال الغير ، وفي عارية المحلّ للصّيد للمحرم ، ـ ففيه ما عرفت ، من عدم كونهما عاريتين صحيحتين ، على أنّ الثانية منهما إن أريد بعدم اعتبار الشرط فيها بالنسبة إلى الفداء ، فهو حق ، لعدم كون ضمانه بالعارية ، بل هو شبه الحكم الشرعي ، و إن أريد به بالنّسبة إلى الغرامة للمالك ، فالظاهر اتيان البحث السابق فيه .

و ممّا ذكرنا يعلم أنه لا وجه لذكر هذين القسمين في العارية المضمونة ، ضرورة معلومية إرادة القسم الصحيح منها ، و من هنا تركهما المصنف ، و اقتصر على ما عرفت . كما أنه لا وجه لعدّ العارية من المحرم المحلّ من قسم العارية التي لا تضمن ، حتى إذا اشترط فيها الضمان ، إذ قد عرفت أنها ليست عارية ، و أنّ المستعير يملكه ، لعدم ملك المحرم له .

نعم لم يذكر المصنف عارية الرهن ، و لعلّه للاكتفاء بما ذكره في الرهن ، أو أنه ليس من العارية عنده ، كما أشبعنا الكلام فيه في كتاب الرهن ، و بذلك ظهر لك

(١) الوسائل الباب ــ ٢٠ ــ من ابواب المهور الحديث ــ ٤

(٢) الوسائل الباب ــ ٣ ــ من ابواب احكام العارية الحديث ــ ٢

عدم الحاصل فيما ذكره في المسالك من هذه الأقسام ، و حسن اقتصار المصنف في الضمان للعارية على ما ذكره من الاسباب .

و أما ما يحكى عن ابن الجنيد من ضمان عارية الدّابة أيضاً، فلم نجد له دليلاً صالحاً للخروج عن الأصل ، فضلاً عن عموم عدم ضمان العارية المؤيد بعموم عدم ضمان الأمانة . والله العالم .

المسألة ✿(الثانية)✿

لا خلاف ولا إشكال في أن المستعير ﴿ إذا ردّ العارية إلى المالك أو ﴾ من يقوم مقامه من ﴿ وكيله ﴾ أو وليّه العام أو الخاص ﴿ برء ﴾ على حسب غيرها من الامانات و نحوها ، كما أنه لا إشكال ﴿ و ﴾ لا خلاف عندنا في أنه ﴿ لوردّها إلى الحرز ﴾ الّذي كانت فيه بلا يد للمالك ولا إذن منه ﴿ لم يبرأ ﴾ بل هو ضامن لها مع التفريط بها .

و كأنه عرّض بذلك للرّد على المحكي عن ابي حنيفة من أنّ ردّ العارية إلى ملك المالك كردّها إليه . لانّ ردّ العواري في العادة بذلك ، و هو كما ترى .

﴿ ولو استعار الدّابة إلى مسافة ﴾ معيّنة مثلاً ﴿ فجاوزها ضمنها ﴾ عيناً و منفعة للتعدي ﴿ واو أعادها إلى ﴾ المسافة ﴿ الاولى ﴾ المأذون فيها ﴿لم يبرأ﴾ من ضمان العين الذي قد حصل بالتعدي ، للاصل و غيره ، أمّا المنفعة فلا ضمان فيها لعدم انفساخ العارية بذلك ، إذالفرض عدم تصريح أو ظهور في عقد العارية يقتضي تقييده بعدم التعدّي أو التفريط ، فالمنفعة التي اقتضى عقد العارية إباحتها غير مضمونة .

نعم بالتعدي المزبور تدخل العين في ضمانه بالتعدّي الاوّل ، ولو تلفت منه حال استعماله المأذون فيه بلا تعدّ متجدد أو تفريط كما هو واضح .

و إن أشكل الحال على المحدّث البحراني بالنّسبة إلى الفرق بين الحكم بضمان العين بالمسافة المأذون فيها دون المنفعة ، و ذلك لانّ العارية إن انفسخت

بالتعدي المزبور إتجه ضمان العين و المنفعة مطلقا ، و إلاّ لم يتجه ضمان العين بعد العود إلى المأذون فيه .

و فيه ما لا يخفى من حصول سبب الضمان ، و هو التعدي المزبور الذي ليس في الادلة ما يقتضي انفساخ العارية به و بالتفريط ، فهو حينئذ على مقتضى تسبيبه الضمان حتى في المأذون فيه ، إذ لا تنافي بين العارية و الضمان بسببه . أما المنفعة فهي على إذن العارية و الله العالم .

المسألة ✿(الثالثة)✿

لا خلاف أيضاً ولا إشكال في أنه ﴿ يجوز للمستعير بيع غروسه و أبنيته في الارض المستعارة للمعير و ﴾ بالعكس ، و للاجنبي بل يجوز بيع المستعير﴿لغيره﴾ أي المعير مع الاذن و بدونها بل مع النهي ﴿على الاشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده التي لا ينافيها احتمال قلع المعير له و هدمه إيّاه ، فانّه لا يخرجه عن الماليّة المسوغة لبيعه .

بل هو أولى ممّا جوّزوا بيعه من الحيوان المشرف على التلف ، والعبد المستحق للقتل قصاصاً ، فما عن أحد وجهي الشافعية من المنع لذلك واضح الفساد .

نعم عن مبسوط الشيخ أنّ الاقوى عدم الجواز ، لانه لا يمكن تسليمه ، بل عنه فيما سلف عدم جواز دخول المستعير لغير السّقي و نحوه ، و من هنا بنى في التحرير جواز البيع و عدمه على جواز الدخول و عدمه ، لكن فيه أوّلا : أنّ التسليم في مثله التخلية ، و الانتفاع ممكن باستيذان المعير ، أو الاستيجار منه و نحو ذلك .

و حرمة الدخول على المشتري ـ و الانتفاع به باعتبار اقتضاء عقد العارية الاذن للاوّل ـ لا ينافي جواز الشراء ، و إن وجب عليه حينئذ الاستيذان في البقاء من حينه ، فان لم يحصل كانت الأصول و الآلات في مقابلة ثمنه .

و على كل حال فهو أمر خارجي لا مدخلية له في صحة البيع للمال المملوك

الذي يمكن تسلّمه باقياً ومقلوعاً ، بل الظاهر صحّة البيع حتى مع جهل المشتري بالحال ، و إن تسلّط على الخيار حينئذٍ ، لظهور البيع في استحقاق البقاء ، فيتسلط على الخيار لقاعدة الضرر .

ولو باع المستعير و المعير الارض و ما فيها بثمن واحد ، صحّ و يوزع الثمن على قيمة مال كلّ منهما ، فيقوم الغرس و البناء في أرض مستعارة ، و الارض مشغولة عارية بذلك . نعم يلحظ النسبة بينهما ، ويوزع الثمن عليها كما هو واضح والله العالم .

المسألة ﴿ الرابعة

إذا حملت الاهوية او السيول حباً ﴾ مثلا ﴿ إلى ملك إنسان فنبت كان لصاحب الارض إزالته ﴾ بعد فرض إمتناع المالك عنها ، من غير مراجعة للحاكم ﴿ ولا يضمن ﴾ له ﴿ الارش ﴾ بل ربما استحق عليه الاجرة على ما تسمع ﴿ كما في ﴾ مسالة ﴿ أغصان الشجرة البارزة إلى ملكه ﴾ التي تقدم تفصيل الكلام فيها في كتاب الصّلح ، فإنّ ظاهر المصنف اتحاد الحكم في المسألتين .

و لكن كشف الحال في المقام هو أن هذا الحبّ لا يخلو إمّا أن يكون معرضا عنه ، أولا ، و على التقديرين إمّا أن يعلم المالك أو يجهل في منحصر أو غيره .

و على كل حال فإمّا أن يكون متمولا ، أو قليلا غير متمول ، فمع فرض الإعراض فلمالك الارض وغيره تملكه ، وله طرحه من أرضه كغيره من المال المعرض عنه و إن كان كثيرا .

لكن في المسالك « أنه يجوز للمالك الرجوع مادامت العين باقية ، لان ذلك بمنزلة الإباحة » و في غيرها التصريح بأنّ له ذلك . و إن تملكه أحد ، إلا أنه قد يشكل بأصالة اللزوم بعد حرمة القياس على الهبة ، و منع كونه أولى ، بل ينبغي الجزم بذلك ، بناء على صيرورته كالمباحات بالإعراض .

و على كل حال فالظاهر ممن تعرض لذلك عدم تسلط صاحب الارض على جبره على القلع ، بعد تحقق الإعراض عنه .

ولكن قد يشكل إذا فرض حصول الإعراض بعد اشتغال الارض به ، بل وقبله

بناء على عدم خروجه عن الملك بذلك ، إذ هو حينئذ نحو ما قيل فيما لو ترك الحب صاحبه لصاحب الارض ولم يقبله ، ففي المسالك في وجوب الإزالة وجهان .

نعم حكى فيها عن التذكرة القطع بسقوط مؤنة نقله ، وأجرته عنه ، لأنه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه ، وكان الخيار لصاحب الأرض المشغولة إن شاء اخذه لنفسه ، و إن شاء قلعه .

إلا أنه لا يخفى عليك مافيه ، بناء على وجوب تخليص مالك الغير منه ، ضرورة أن الإعراض عنه بعد عدم الخروج عن ملكه به أو البذل لصاحب الأرض مع عدم القبول لا يرفع الوجوب المزبور عنه الذي قد صرح به غير واحد في الصورة الأخرى ، و هي : مالو علم المالك بعينه ولم يكن منه إعراض ولا بذل ، معللين له بأن ملكه قدشغل أرض غيره بغير حق ، فيجب تخليصه منه و التسوية و طم الحفر .

بل صرح بعضهم بوجوب الأجرة عليه للمدة ، بعد امتناعه ، لأنه كالغاصب حينئذ ، بل عن ظاهر السرائر وجوبها عليه للمدة السابقة التي استظهر بعضهم عدمها ، لعدم تقصيره في القلع ، و عدم تفريطه في أصل اشتغال الأرض به ، فأصل البراءة بحاله .

اللهم إلا أن يقال : إنه وإن لم يكن مقصراً لكن لا تبرع أيضاً من صاحب الأرض ، و الأصل احترام مال الغير الذى منه المنفعة المزبورة .

لكنه كما ترى ، بل قد يناقش في الأجرة مطلقا ، للشك في وجوب التخليص عليه ، بعد أن لم يكن الشغل منه ، للاصل ، وكونه مالكاً لايقتضي ذلك نعم لصاحب الأرض بعد امتناع المالك ، إزالته عن ملكه ، كما عبر به المصنف .

ولو كان المالك مشتبها في منحصرين ففي المسالك « وجب عليهم أجمع التخلص بالصلح ، أو التمليك و نحوه ، و يجب على صاحب الأرض مراجعتهم فيما يراجع فيه المالك المعين » .

وفيه : أن هذا الوجوب لا وجه له ، لتمسك كل منهم بأصل البراءة السالم عن معارضة باب المقدمة في الفرض المعلوم عدمها فيه ، فالمتجه حينئذ إزالته نفسه

عن ملكه بعد مراجعة الحاكم ، أو بدونه ، ولكن يسلم المال للحاكم .

﴿ ولو لم يكن محصوراً ففي المسالك أيضاً « كان بمنزلة اللقطة » و فيه : أنه إلى مجهول المالك اقرب منه اليها ، لعدم تحقّق كونه مالاً ضايعاً ، ولو بقرينة ، بل هو كالثوب الّذى أطارته الريح .

﴿ ولو كان قليلاً لا يتمول كنواة واحدة و حبّة كذلك و المالك معلوم ، احتمل بعضهم عدم وجوب ردّه ، وأن له تملكه ، لانتفاء حقيقةالماليّة فيه ، والتقويم إنّما حصل في أرضه ، وفيه : أنّه مناف لأصول المذهب وقواعده المقتضية وجوبردّه إلى صاحبه على حسب ما تقدّم ، و بذلك كلّه بان لك الحال في جميع أطراف المسألة .

نعم بقي شيء و هو أنّه لم أجد أحداً احتمل هنا وجوب الإنتظار في الزرع الذي له أمد ، ولا دفع الارش فيه أو في الشجر كما ذكروه في العارية ونحوها ،بل صريح بعضهم عدمه ، مع أنّك قد سمعت أنّ بناء ذلك في العارية على تزاحم الحقوق وعدم كونه ظالماً في عرقه ، وإلاّ فالإذن له يجوز له الرجوع فيها ، لأنّها حصلتفي ضمن عقد جائز .

و إجراء قاعدة تزاحم الحقوق ، ومراعاة الأكثر ضرراً ، والقرعة و نحوها في المقام إن لم يكن أولى من ذلك المقام ، فهو مساوٍ له مثل دابة وضعت رأسها في قدر شخص أودخلت دار الغير فاحتاج اخراجها إلىخرابالباب مثلا و نحو ذلك .

فلا بدّ من ملاحظة الفرق بين المقامين ، و لعلّه قاعدة أخرى و هي وجوب تخليص ملك الغير عمّا اشتغل فيه من ملك آخر والله العالم .

المسألة ﴿الخامسة

لو نقصت ﴾ العين المستعارة ﴿بـ﴾سبب ﴿ الاستعمال ﴾ المأذون فيه ﴿ ثمّ تلفت وقدشرط ضمانهاضمن قيمتها يوم تلفها﴾ كما عن المبسوط والتذكرة والمختلف والحواشي ﴿ لأنّ النقصان المذكور غير مضمون ﴾ في نفسه ولا مندرج في اطلاق

الضمان المشترط .

نعم لو نص عليه في الشرطية اتجه ضمانه ، ولا ينافي تبرع العارية، ضرورة عدم كونه ضماناً للمنفعة ، بل هو شيء وهي شيء آخر ، و المنافي للعارية اشتراط ضمانها لا ضمانه ، بل لعله كذلك وإن كان من لوازم الاستعمال .

لكن لو فرض إتحاد الانتفاع بالعين مع النقص الحاصل منه بمعنى كون المنفعة المأذون فيها هي نفس النقص المزبور ، إتجه حينئذ عدم صحة اشتراط ضمانه ، إلا أنه كما ترى مجرد تصور وهمي .

وعلى كل حال فالتردد في ضمانه في صورة اطلاق من بعضهم - بل في جامع المقاصد « لا أستبعد ضمانه ، لأنه ليس من لوازم أصل الاستعمال ، النقص ، و لأنه لا منافاة بين كون الاستعمال مأذوناً فيه ، والنقص مضموناً ، وهذا قوي جداً» ونحوه في المسالك .

بل عن فخر المحققين أنه الاصح بعد أن حكاه عن أبي علي ، و أبي الصلاح - في غير محله .

وخبر وهب [1] الذي ذكره بعضهم دليلاً لذلك عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «ان علياً عليه السلام قال : من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن ، ومن استعار حراً صغيراً فهو ضامن » المحمول على المضمون بالشرط ، أو التعدي أو التفريط .

مع انه مؤول ظاهر في غير محل الفرض الذي هو النقصان الناشيء من نفس الاستعمال ، كانمحاق الثوب ونحوه ، لا اتفاق تلف بعض أجزائه بحرق ونحوه ،فانه لاشك في اندراجه في اطلاق الضمان المشترط الذي هو الجملة و الاجزاء كما هو واضح .

و حينئذ لا فرق في عدم ضمانه بين تلف العين و بين ردها ناقصة .

ومن الغريب ما يظهر من بعض الكلمات من الفرق ، فانه لا وجه له ، كما أنه لاوجه للفرق بين المقام ، وبين الضمان بالتعدي و التفريط ثم تلفت بعد نقصها

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام العارية الحديث ١١ .

بالاستعمال بعد ذلك ، فإنّه لا يضمن إلاّ القيمة يوم التلف ، لعدم انفساخ العارية بذلك ، فهو حينئذٍ مأذون فيتبعه النقص الحاصل منه ، فما عن بعضهم من الفرق في غير محلّه .

نعم يضمن النقص الحاصل من التعدي نفسه الذي لم يأذن فيه ، و كذا التفريط وأمّا الحاصل بعد العود إلى استعمال العارية المأذون فيها فلا ، وإن كانت العين مضمونة في يده لكن قيمتها . هذا .

ولا يخفى عليك أنّه حيث يضمن النقص الحاصل من الإستعمال فلا بدّ من ملاحظته من حين القبض إلى حين التلف ، لمكان ذهاب الاجزاء على التدريج كالثوب يلبس و ينمحق شيئاً فشيئاً كما هو واضح وقد وقع في بعض الكتب المتأخرة هنا ما لا ينبغي أن يسطر فلا تغفل والله العالم .

المسألة ﴿ السادسة

إذا قال الراكب ﴾ مثلا ﴿ أعرتنيها و قال المالك : آجرتكها فالقول قول الراكب ﴾ مع يمينه ، عند الشيخ وابن زهرة و أوّل الشهيدين و الاردبيلي والخراساني على ما حكي عن بعضهم ﴿ لانّ المالك مدع للاجرة ﴾ و الراكب ينفيها ، فهو مع أصل البراءة السّالم عن معارضة الإقرار بالإستيفاء مثلاً ، بعد أن اتفقا على كونه بالاذن الّتي تقع على وجوه ، فهي أعم من الاستحقاق ، فليس المالك حينئذٍ إلا مدعياً صرفا .

﴿ وقيل ﴾ كما عن ابن ادريس واجارة المهذب ، بل لعله المشهور لما استعرف من رجوع غيره إليه ، ﴿ القول قول المالك في عدم العارية ﴾ الّتي ادعاها الراكب ﴿ فإذا حلف ﴾ حينئذٍ ﴿ سقطت دعوى الراكب وثبت عليه أجرة المثل لا المسمى ﴾ الذى نفاه الراكب أيضاً بيمينه ، إذ هو منكر بالنسبة إليه .

ولا ينافي ذلك ثبوت أجرة المثل الّتي هي قيمة المنفعة الّتي قد اعترف باستيفائها و هي كالعين بالنسبة إلى الماليّة ، والأصل احترام مال المسلم كدمه وعرضه ، بمعنى

الحكم بضمانه على من هو عنده ، حتّى يثبت ما يقتضي عدمه من عارية و إباحة مجانيّة ، ضرورة أنّ طيب نفسه شرط في حلّ ماله ، و الشكّ فيه شكّ في الشرط ، وهو الموافق لعموم [1] « من أتلف » [2] و « على اليد » و غيرهما ، و عليه بني تقديم قول مدعي القرض على مدّعي الوديعة في صحيح اسحاق بن عمار [3] ومدعي الغصب على مدعي العارية أيضاً .

نعم تكون على الراكب أجرة المثل إذا صارت مساوية للمسمى أو أقلّ منه ، لا إذا كانت أزيد ، لاعترافه حينئذٍ بدعواه المسمّى بعدم استحقاقها ، و إن انتفت دعواه بيمين الراكب ، لكن انتفاؤها بالنسبة إلى الزامه بها ، لا ما يعود منها إلى المدعي الذى هو مقتضى التزامه باقراره .

ولا ينافي ذلك اطلاق المصنف أجرة المثل المنزل على مساواتها للمسمّى غالباً أو على إرادة بيان أصل ثبوت الاجرة أو نحو ذلك .

وبذلك ظهر انقطاع أصالة البراءة بالقاعدة المزبورة ، كما أنّه ظهر الجواب عن اشكال استحقاق الأجرة بعد انتفاء دعواه الإجارة بيمين الراكب ، باعتبار حصر استحقاقه باعترافه بالاجارة المفروض انتفاؤها بيمين الراكب ، إذ هو معارض أيضاً بانتفاء المجّانية الّتي ادّعاها الراكب باعتبار حصر سببها باعترافه بالعارية المفروض انتفاؤها بيمين المالك ، فلمّا انتفيا معاً رجع الحاكم إلى أصل آخر يقتضي غرامة الراكب ، و هو أصالة ضمان مال الغير ، فحكم بأجرة المثل غرامة ، عوض منفعة مال الغير التي اعترف باستيفائها .

ولا حرمة على المالك في قبضها ، لعدم تضمن دعواه ما يقتضي حرمتها عليه ، حتّى إذا ادّعى كون المسمّى عيناً مخصوصة ؟ فإنّ له أخذها حينئذ مقاصّة على الوجه الذى ذكرناه .

---

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار .

(٢) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ .

(٣) الوسائل الباب ٧ من أبواب أحكام الوديعة الحديث ـ ١ .

وبه بان أنّ القول الاخر الذى ذكروه قولا ثالثاً ـ وهو أنّ القول قول المالك أيضاً ، ولكن يرجع بأقلّ الامرين من المسمّى و أجرة المثل لا أجرة المثل مطلقا ، كما في المتن ـ هو قول المصنف بعد تنزيل إطلاقه على ما عرفت .

كما أنّ المذكور قولاً رابعاً و هو التحالف ، إذ قد يكون المسمّى الذى يدعيه المالك أزيد من أجرة المثل ، فلا بدّ في نفيه من يمين الراكب ، لاينبغي أن يكون قولاً ليس كذلك ، ضرورة أنّ ذلك راجع إلى المالك ، إن أراده طالبه باليمين المحتمل نكوله عنها ، لا أنّ الحكم له بأجرة المثل موقوف على ذلك ، فإن له عدم الدعوى ، وإسقاط حق اليمين الذى له ، والمطالبة بأجرة المثل التي هي مقتضى حلفه على نفي العارية ، و يكفى ذلك فى الزام الراكب بها .

فليس حينئذ فى المسألة إلا قولان ، منشؤهما ثبوت الاصل المزبور و عدمه ، والظاهر أنّه مفروغ منه في غير المقام ، كما لا يخفى على من أحاط خبراً بأفراد المسألة في الأبواب المتفرّقة .

نعم يحكى عن الشيخ قول ثالث ، و هو استعمال القرعة في تعيين المنكر منهما فيكون القول قوله بيمينه ، لكنه كما ترى ، خصوصاً إذا أراد ذلك حتّى بالنسبة إلى اثبات المسمّى الذى ادّعاه المالك ، على أنّ مورد القرعة المشكل ، ولا اشكال بعد القاعدة المزبورة .

وأغرب منه مايحكي عن غيره من الحكم بأجرة المثل بلا يمين من المالك على نفى العارية ، ولا من الراكب على نفي الإجارة ، لكن ظنى أنّه اشتباه من الحاكى ضرورة انحصار سقوط الدعوى بالبيّنة و اليمين .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا ريب فى أن القول الثانى ﴿ هو الاشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده التى قد عرفت أنّ منها أصالة عدم خروج مال المسلم من يده إلا بقوله ، ولا فرق في التنازع بينهما بين أن يكون بعد مضىّ مدّة الإجارة المدّعاة ، أو في اثناءها ، و إن وجب فى الثانى ، أقل الامرين من قسط المسمّى وأجرة المثل ، كما أنّه لا فرق فيه بين بقاء العين و تلفها ، لأنّها إنكانت باقية ردّها على المالك

مع الأجرة المزبورة .

لكن في المسالك « انّ في انتزاع العين بناء على الاكتفاء بحلف المالك على نفي الاعارة ، وكون النزاع في الأثناء نظر ، من انكار المستعير الاجارة ، و إذن المالك على وجه التبرع قد انتفى بانكاره ، فيرتجع ، ومن اعتراف المالك بعدم استحقاقه ارتجاعها إلى أن تنقضى المدّة التي يدّعيها .

قال : و هذا ممّا يؤيّد القول بالتحالف ، لأنّ هذا نزاع آخر لم يتحرر من يمين المالك ، كالنزاع في الزايد من المسمّى » .

وفيه أنّه على تقدير التحالف وعدمه ليس له انتزاع العين إلاّ من باب المقاصّة الّتي ينبغي مراعاة نسبة أجرة المثل فيها مع المسمّى الذى يدّعيه على الراكب ، ضرورة عدم اقتضاء التحالف الانفساخ واقعاً ، فله حينئذ انتزاعه عنه بعد انتفاء دعوى الراكب على كلّ تقدير ، وأمّا الزايد من المسمّى فقد عرفت انحصار الحق فيه به فله الدعوى ، وله تركها كما هو واضح .

وإن كانت العين تالفة ، فحكم الأجرة ما ذكر ، وأمّا العين فان كانت أمانة كما لو كانت الاعارة التي يدّعيها الراكب غير مضمونة ، فلا شيء على الراكب ، لاتفاقهما على كونها في يده أمانة إمّا بالاجارة أو بالاعارة .

وإن كانت مضمونة ففي المسالك « أن مدعي الاعارة يعترف بثبوت القيمة في ذمته ، والمالك ينكره ، لعدم اقتضاء الاجارة الضمان ، فيتوقف إلى أن يتفقا عليه » .

قلت : الظاهر أنّ له المقاصّة بما أخذ منه من أجرة المثل ، والزايد يجب عليه التوصل إلى إيصاله إليه بأحد الطرق الممكنة ، هذا كله فيما لو كان الاختلاف بعد مضي المدّة أجمع ، أو البعض الذي يكون له أجرة مثل .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو كان الاختلاف عقيب العقد من غير انتفاع ﴾ فلا خلاف ولا إشكال في أنه ﴿ كان القول قول الراكب ﴾ في عدم الاجارة ﴿ لأنّ المالك يدعي عقداً وهذا ينكره ﴾ والفرض عدم دعوى من المالك في استيفاء منفعة ، فليس حينئذ

إلّادعواه أنّ له أجرة عليه ، والراكب ينكره ، والأصل براءة ذمته ، فيكون القول قوله ، كما هو واضح .

ولو انعكست الدعوى بأن ادعى المالك الإعارة المضمونة ، والراكب ادعى الإجارة ، والفرض تلف العين ، فإن اتفقت الأجرة والقيمة أخذها المالك بغير يمين وإن زادت القيمة أخذها باليمين ، بناء على ما عرفته من الأصل المزبور .

وهذا غير دعوى الضمان في العارية بعد اتفاقهما عليها ، لأن الأصل عدم الإشتراط هناك فيتحقق حينئذ من المالك مالايترتب عليه ضمان ، بخلافه في الفرض الذي بعد التحالف يبقى أصالة احترام مال المسلم .

كذا لو كان الإختلاف بينهما في المضمون عارية بالذات كالذهب فادّعاها المالك وادّعى الآخر أنه إجارة ، بل هو أوضح ، ولو فرض عدم تلف العين انتزعها المالك باليمين ، وليس له عوض المنفعة شيء لاعترافه بالعارية ، وإن وجب على الآخر ايصال الأجرة أو القسط إليه بأحد الطرق كما هوظاهر والله العالم .

المسألة ﴿ السابعة :

إذا استعار لينتفع به فيشيء فانتفع به في غيره ﴾ ممّا لا تدلّ عليه إذن المعير ﴿ ضمن ﴾ العين لتعدّيه المقتضي لذلك ، ﴿ فإن كان له أجرة لزمته أجرة مثله ﴾ التي هي القيمة للمنفعة المفروض استيفاؤها بدون إذن المالك ، بل في المسالك « من غير فرق بين كون المنفعة التي استوفاها أشقّ من المأذون فيها ومساوية وأدنى إذا كانت مخالفة لها في الجنس ، ولو اتفقا في الجنس كأنواع الزرع و فيه ما مرّ من الاشكال » .

قلت : قد عرفت فيما تقدم من المصنف في الفصل الثالث التصريح بعدم جواز الزرع في الأرض المستعارة للغرس وإن كان أقلّ ضرراً ، مضافاً إلى إطلاقه في المقام وفي المزارعة التصريح بجواز زرع الأقلّ ضرراً ، ولعلّه في الإجارة كذلك ، بل أولى .

وكان وجه الفرق بين العارية والإجارة مثلاً أنّ مقتضى الثانية ملك المنفعة، وهو إنّما يتشخّص بمايقتضي تنويعه، كالركوب والتحميل ونحوهما إلّامع الشرط فيجب حينئذٍ من حيث الإشتراط لا من حيث ملك خصوص تلك المنفعة.

فلو استأجر دارامثلا لربط دابّة مخصوصة فماتت تلكالدّابة لم تبطل الإجارة بل له ربط غيرها فيه ممّا هي أقلّ ضرراً أومساوياً، وكذا ركوب الدّابة وسكنى الدار ونحو ذلك، ضرورة اقتضاء الملك ما ذكرناه ممّا لا خصوصيّة فيه إلّا مع الشرط فإنه يكون حينئذٍ نحو اشتراط المباشرة في الأجير المقتضية انفساخ العقد بفواتها.

أمّا العارية فهي ليست إلّا إباحة لا فرق فيها بالنسبة إلى ذلك، فمع فرض الإقتصار فيها على شيء مخصوص بحيث لا ينقل منه إلى غيره لم يجز له التعدي ولو إلى الاقلّ من الجنس، فضلاً عن غيره، ولعلّه لذا أطلق المصنف هنا فتأمّل جيّداً والله العالم.

المسألة (الثامنة :

إذا جحد العارية ﴾ بعدطلب المالك لها ﴿ بطل استيمانه، ولزمه الضمانمع ثبوت الاعارة ﴾ بل وبدون طلبه كما عرفت الكلام فيه مفصّلاً في الوديعة، فانّ المسألة من واد واحدو اللهالعالم.

المسألة (التاسعة :

إذا ادّعىالتلف فالقول قوله مع يمينه ﴾ لأنّ ذلك مقتضى ايتمانه كماعرفته مفصّلاً في الوديعة، وكذا في عدم التفريط والتعدي ﴿ و ﴾ أما ﴿ لو ادعى الرد فالقول قول المالك مع يمينه ﴾ لقاعدة « البيّنة على المدّعى واليمين على من أنكر» والايتمان لا يقتضي تصديقه في الرّد، وقبوله في الوديعة للنّص، لا لذلك، ولا لأنّه قبض لمصلحة المالك بخلافه هنا، وإلّا لاقتضى في الوكيل بدون جعل ذلك، فالعمدة حينئذٍ ما ذكرناه كما أوضحناه في الوديعة والله العالم.

المسالة ۞ (العاشرة :

لو فرط في العارية ﴾ أو تعدى ﴿ و تلفت كان عليه قيمتها عند التلف إذا لم يكن لها مثل ﴾ وإلّا كان عليه مثلها ، ﴿ وقيل أعلى القيم ﴾ السّوقية ﴿ من حين التفريط إلى وقت التلف ﴾ أخذاً له بأشقّ الأحوال كالغاصب الذي فيه مع ذلك أقوال اُخر أيضاً .

﴿ و ﴾ لكن لا ريب في أنّ ﴿ الاوّل أشبه بأصول المذهب وقواعده ، لأنّه وقت اشتغال الذمة بالعوض الّذي هو بدل العين ، وردّه قائم مقام ردّها . نعم لو كان التفاوت في القيمة لنقص في العين اتجه الضمان حينئذ كما هو واضح .

﴿ ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المستعير ﴾ مع يمينه في نفي الزايد الموافق لاصالة البراءة ، ﴿ وقيل القول قول المالك ﴾ أخذاً له أيضاً بأشقّ الاحوال وتحصيلا للبراءة اليقينيّة ، ﴿ و ﴾ لكن ﴿ الاوّل أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده فانه لا دليل على أخذه بأشقّ الاحوال على وجه يشمل المقام ، والشغل بغير ما اعترف به المستعير لم يثبت كما هو واضح . والله العالم .

المسألة ۞ (الحادية عشر :

إذا قال : أعرتك حماري ﴾ مثلا ﴿ لتعيرني فرسك ﴾ ففي القواعد والتذكرة والايضاح وجامع المقاصد كما عن بعضها أنّ ﴿ الأقرب الجواز ﴾ لكونه شرطاً يقبله عقدها ، لا عوضاً ، فلا ينافي التبرع المعتبر فيها ، إنّما المنافي له أعرتك هذا بهذا .

وفيه منع ، إذ ليس في الادلّة مايقتضي اختصاص المنافاة بمثل العوض لا الشرط بل المفهوم منها أنّها نوع من البرّ والمعاونة والاحسان ونحو ذلك ممّا ينافيه ذكر العوض ولو على طريق الشرط ، نحو أعرتك كتابي لتهبني عشرة دراهم مثلا ، بل لا فرق فيه بين اشتراط استحقاقه بعقد آخر كهبة وعارية ونحوهما ، وبين استحقاقه في عقدها ، ضرورة منافاته للتبرع المزبور ، كما هو واضح .

وعلى كل حال فعلى الصحّة لا يجب على المستعير عارية ما اشترطه المعير ،

لانه شرط في عقد جايز ، كما لا يجب على أحدهما أجرة .

نعم في الكتب الاربعة أنه لو لم يعر الثاني فالاقرب أنّ له الاجرة .

وفي الثاني منها تعليله بأنّ الاذن في الانتفاع لم يقع مطلقاً ، بل مع سلامة النفع فاذا لم يسلم كان له المطالبة بالعوض .

وفي الثالث منها بأنّ كل شرط صحّ في عقد يثبت الفسخ بفواته ، فاذا فسخت العارية انتفى مبيح العين بغير عوض ، فوجبت الاجرة .

وفيه أنّ ذلك إن تم فإنّما يؤثر فيما سيأتي ، أمّا ما سبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا .

وقد أطال في الرابع منها في ذلك حتى جعل التحقيق في ذلك ما حاصله ، أنّ عقد العارية في غاية الضعف ، ولذا يعول فيه على قرائن الاحوال كظروف الهدايا ، وثمرته في غاية الضعف ، وهي الاباحة فتنتفي ثمرته بأدنى سبب ، وهو انتفاء الشرط ، لا أنّ انتفاءه يسلّط على الفسخ ، كما في العقد اللازم القوي الذي ثمرته التمليك مثلاً واللزوم ، فانّ انتفاء الشرط فيه يسلط على فسخ اللزوم ، بخلاف عقد العارية المطلوب فيه مجرّد الاباحة ، فليس الشرط فيه إلاّ شرطاً للاباحة ، فاذا انتفى انتفت .

وهو كما ترى مرجعه إلى تعليق الاذن في المنفعة الخاصة على الشرط المزبور فحيث يحصل تحصل ، وإن انتفى انتفت ، فهو تعليق محض لا يجامع صحة العقد ، وخصوصاً إذا كان المعلّق عليه العارية في الزمان المتأخر مثلاً ، فان استيفاء المنفعة الآن قبل مجيء المعلّق عليه بالاذن التي هي مقتضى صحّة العقد ، فلا تتعقبه أجرة ، وإلاّ لم يصح الانتفاع ، ودعوى البقاء مراعى كما ترى .

وبذلك بان لك أنه ليس بشيء ، فضلا عن أن يكون تحقيقاً ، فالمتجه حينئذ على الصحّة عدم استحقاق الاجرة وإن لم يعر الثاني ، لعدم كونه مستحقا عليه بعقد لازم كما هو واضح .

نعم لو قال أعرتك الدّابة بعلفها ، أو أعرتك الدّابة بعشرة دراهم كان عارية فاسدة ، واستحق حينئذ أجرة المثل ، لان المالك لم يبذل المنفعة مجاناً ، ولا ينافي

ذلك كون العارية من العقود التي لا يضمن بصحيحها ، لما عرفت سابقاً من أنّ هذه القاعدة تتبع الأدلة في كل مقام ، على أنّ الظاهر إرادة غير هذه الجهة من الفساد ، نحو ما قيل في الفساد بعقد المعاوضة إذا كان باشتراط عدم العوض ، مثل بعتك بلا ثمن ، وآجرتك بلا أجرة .

بل قد يقال : إنّ المراد منها ما لا ينافي المقام من إرادة خصوص الافراد ، و لاريب في الفرض أنّ العارية لو كانت صحيحة فيه لترتب العوض فليكن كذلك على الفساد ، فيكون ما نحن فيه ممّا يضمن على تقدير صحته وشرعيّته ، فيضمن على تقدير فساده وعدم شرعيته ، وإن كان ذلك كما ترى .

وعلى كل حال فما في القواعد من أن ذلك إجارة فاسدة ، لاعارية فاسدة خروج عن حقيقة اللفظ بلا قرينة ، فالمتجه ما قلناه ، والله العالم والموفّق والمؤيّد والمسدّد والحمد لله رب العالمين أوّلاً وآخراً وظاهراً وباطناً .

﴿ كتاب الاجارة ﴾

التي هي على نحو ما سمعته في لفظ البيع من أن الاصح كونها نقل المنفعة ، لا العقد ، ولا الانتقال كما عرفته ، وأحسن تعريف لها « أنها ما شرعت لنقل المنفعة بعوض من آخر ولو حكماً » فانه مع خلوه عن ذكر الشرائط ونحوها ـ فيه مما لم ينتف المحدود بانتفائها ، وعن ذكر لفظ الاجارة ونحوه مما يستلزم الدور ـ شامل للمعاطاة فيها ، بناء على كونها إجارة ، وللصحيح منها والفاسد ، فإنها للاعم منهما كغيرها من ألفاظ العقود ، كما أنه لا حقيقة للشارع فيها ، وإنما اعتبر في صحتها أموراً ، وإلا فهي باقية على معانيها الاصلية .

نعم قد يقال : في خصوص لفظ الاجارة بناء على عدم كونه مصدراً ، بل بمعنى الاجرة على ما صرح به بعضهم ، بل لعله يظهر من مجمل ابن فارس .

بل قد يظهر ـ من اقتصاره في الصحاح على ذكر الاجر مصدراً لأجر ، والايجار مصدراً لآجر ذلك أيضاً ـ أنه منقول منه إلى النقل المزبور مع احتمال كونه مصدراً سماعياً لأجر نحو كتب يكتب كتباً وكتابة ، فيتحد حينئذ مع لفظ البيع وغيره من أسماء العقود في استعمالها في معانيها الأصلية كما عرفت .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ﴿فيه فصول أربعة : الاول : العقد ﴾ أي عقد الاجارة وهو اللفظ الانشائي الدال عليها ﴿ وثمرته ﴾ التي شرع لها ﴿ تمليك المنفعة المعلومة ﴾ ﴿ بـ ﴾ مقابلة تمليك ﴿ عوض معلوم ﴾ على وجه اللزوم ﴿ ويفتقر ﴾ في تحقق مسماه ﴿ إلى إيجاب وقبول والعبارة الصريحة عن الايجاب ﴾ باعتبار وضعها للدلالة عليه ﴿ آجرتك ﴾ وأكريتك هذه الدار مثلاً ﴿ ولا يكفي ﴾ فيه ﴿ ملكتك ﴾ بل هو مناف له ضرورة اقتضائه تمليك المنفعة ، بخلاف ملكتك هذه الدار المفيد

تمليك نفس العين الّتي هي ليست مورداً للاجارة .

﴿ أمّا لو قال : ملكتك سكنى هذه الدار سنة مثلاً صح ﴾ بناء على الاكتفاء به في عقد البيع كما عرفت الكلام فيه وفي نظائره مفصّلاً ، بل لا تبعد الصحّة في الاوّل أيضاً مع قصد المنفعة المدلول عليه بقرائن حاليّة أو مقالية ، بناء على الاكتفاء في العقد بالمجازات غير المستنكرة فيه ، كما لا يخلو من قوة عرفتها في باب البيع ، وتعرفها في النكاح فلاحظ وتأمّل .

﴿ وكذا ﴾ الكلام في ﴿ أعرتك ﴾ هذه الدار سنة بكذا مريداً بها معنى الاجارة ﴿ لتحقق القصد ﴾ حينئذٍ ﴿ إلى ﴾ نقل ﴿ المنفعة ﴾ إذ لم يثبت اعتبار لفظ خاص في العقد .

بل ظاهر ما وصل إلينا من الادلّة في المقام وغيره كالبيع والنكاح ونحوهما التوسعة فيما يعقد به العقد ، والاكتفاء بكلّ لفظ يدلّ على انشاء المراد به حقيقة ، أو مجازاً غير مستنكر في أمثاله ، وكفى بذلك قاطعاً لاصالة عدم النقل وغيرها .

ولعلّ شهرة عدم عقد العقود اللاّزمة بالمجازات محمولة على المجازات المستنكرة في مثل ذلك كاستعمال النكاح في البيع وبالعكس ، لا مطلقا ، كما لا يخفى على من تصفح كلماتهم ، ولعلّ من ذلك ما في المتن ﴿ و ﴾ غيره ، بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا ما ﴿ لو قال : بعتك هذه الدار ونوى الاجارة لم تصح وكذا لو قال : بعتك سكناها سنة لاختصاص لفظ البيع بنقل الاعيان ﴾ على وجه يستهجن استعماله في نقل المنافع مجازاً .

﴿ و ﴾ لكن مع هذا فعن التحرير احتمال الانعقاد به بل في المتن ﴿ فيه تردد ﴾ ممّا عرفت ، ومن أنّ البيع يفيد نقلها تبعاً للاعيان ، بل لعلّ قيامه مقامها أنسب من لفظ العارية الّذي هو حقيقة في إباحة المنفعة مجاناً ، إلاّ أنّ الاصحّ العدم ، لاستهجان العقد بذلك في عرف المتشرعة كالعكس ، أي عقد البيع بلفظ الاجارة .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ الاجارة عقد لازم ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لاصالته

المستفادة من الآية [1] وغيرها فـ ﴿ لاتبطل ﴾ حينئذٍ ﴿ إلاّ بالتقايل ﴾ المشروع فيها وفي غيرها كما عرفته في محلّه ، ﴿أو بأحد الاسباب المقتضية للفسخ﴾ التي ستسمع تفصيلها انشاء الله .

﴿ ولاتبطل بالبيع ﴾ للعين المستأجرة ، لعدم المنافاة بعد اختلاف متعلّقهما .

نعم يتخير المشتري مع جهله بين الصّبر إلى انتهاء مدّة الاجارة ، وبين الفسخ باعتبار اقتضاء اطلاق العقد تعجيل التسليم للانتفاع كما هو الغالب ، بخلاف العالم بذلك فانّه لا خيار له ، ولواتفق فسخ المستأجر بأحد أسبابه عادت المنفعة إلى البايع دون المشترى الّذي قد استحقّ العين مسلوبة المنفعة إلى المدة .

وعلى كلّ حال فقد عرفت عدم بطلانها بالبيع لماسمعت ، بل الظاهر ذلك حتى لو كان المشتري هو المستأجر ، فيجتمع حينئذٍ عليه الثمن والاجرة ، وملك العين إنّما يستتبع ملك المنافع إذا لم يستوف ملكها بسبب آخر كما هو واضح .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا تبطل بالعذر ﴾ المانع من تمام الانتفاع المعدّة له العين ﴿ مهما كان الانتفاع ﴾ المقصود في الجملة ﴿ ممكناً ﴾ وإن تخيّر المستأجر مع نقصان الانتفاع بين الفسخ والامساك بتمام الاجرة ، كما أنها تبطل بتعذر أصل الانتفاع ، بل الظاهر بطلانها بتلف المنفعة المرادة منها كما لو استأجر أرضاً للزراعة فغرقت وأمكن الانتفاع بها بغيرها ، ضرورة كون ذلك كتلف العين ، وستسمع فيما يأتي انشاء الله تمام الكلام فيه .

﴿ وهل تبطل بالموت المشهور بين ﴾ قدماء ﴿ الأصحاب نعم ﴾ إذ هو خيرة الشيخين في المقنعة والنهاية والخلاف وسلار وبني زهرة وحمزة والبراج وسعيد ، بل في الخلاف والغنية الاجماع عليه بل زاد في الاول نسبته إلى أخبار الفرقة .

﴿ وقيل ﴾ والقائل الاكثر من أصحابنا على ما في مهذب القاضي ﴿ لا تبطل بموت الموجر وتبطل بموت المستأجر ﴾ وفي محكي المبسوط أنّه الاظهر عند أصحابنا بعد أن حكى عنهم الانفساخ بموت كلّ منهما ، وهو كالمتدافع .

(١) سورة المائدة الاية ـ ١ .

﴿ وقال آخرون : لا تبطل بموت أحدهما وهو الاشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده وأشهر بين المتأخرين بل هو المشهور بينهم ، بل في المسالك نسبته إليهم أجمع ولعلّه كذلك إلّا ما سمعته من ابن سعيد ، ومايظهر من تذكرة الفاضل من الميل إلى الاوّل مع أن خيرته في باقي كتبه الاخير كابن إدريس ، والمصنف والفخر والشهيدين والآبي والسيوري ، والصيمري والكركي والاردبيلي والخراساني على ماحكي عن بعضهم ، بل نسب إلى جماعة من القدماء كالاسكافي وأبي الصلاح بل في السرائر نسبته إلى الأكثرين المحصّلين ، وفي المختلف أنّ أكثر الأصحاب لم يفتوا بالبطلان هذا .

وظاهر المتن وغيره كصريح آخر انحصار الأقوال في الثلاثة ، لكن في التذكرة عن بعض علمائنا البطلان بموت الموجر خاصّة ، إلّا أنا لم نتحققه ، واقتصار المرتضى وابن الجنيد على ما حكي عنهما على ذكر عدم البطلان بموت المستأجر لا يقتضي ذلك ، بل لعلّه يقتضى العدم مطلقا بضميمة عدم القول بالفصل ، ولعلّه لذا نسب غير واحد إليهما التسوية في عدم الانفساخ .

كما أنا لم نتحقق القول الثاني لأحد ، وإن نسبه ابن البرّاج إلى الاكثر كما عرفت ، ونسبه غيره إلى الشيخ ، لكن في نهايته وخلافه ما سمعت ، بل في الاخير منهما أنه قول شاذ لا يعول عليه ، ويقرب منه ما في الغنية .

وأمّا مبسوطه ففيه الموت يفسخ الاجارة سواء كان الميّت المؤجر أو المستأجر عند أصحابنا ، والاظهر عندهم أنّ موت المستأجر يبطلها ، وموت الموجر لا يبطلها وفيه خلاف وهو كما ترى .

نعم عن كشف الرموز أنه قول ابن طاوس ، ويمكن إرادته كالمحكي عن الاكثر على فرض صحّة الاجير الخاص ، وقد ظهر بما ذكرنا إنحصار الخلاف المعتدّ به في القولين ، الاوّل والاخير ، ولا ريب في قوة الثاني لعموم « أوفوا » والاستصحاب وكون الاجارة من العقود اللازمة التي شأنها عدم البطلان بالموت ، وإطلاق ما دلّ على لزوم

الكري فيها كصحيح ابن يقطين [1] وغيره .

وقيل خصوص خبر أحمد بن اسحاق الرازي[2] « قال كتب رجل إلى أبي الحسن الثالث عليه السلام ، رجل استأجر ضيعة من رجل فباع المواجر تلك الضيعة التي آجرها بحضرة المستأجر ولم ينكر المستأجر البيع وكان حاضراً له شاهداً عليه فمات المشتري وله ورثة هل يرجع ذلك في الميراث أم يبقى في يد المستأجر إلى أن تنقضي إجارته فكتب عليه السلام إلى أن تنقضي إجارته » .

وفيه إنّ ذلك غير ما نحن فيه ، ضرورة كون الميت المشتري وهو غير موجر ولا مستأجر ، ودعوى قيامه مقامه بالنسبة إلى ذلك مخالف لظاهر كلام القائل ، ولا استبعاد في التزامه الفسخ بموت أحدهما ، وإن خرجت المنفعة أو العين من أيديهما بعقد لازم ، إلاّ أنه بالنسبة إليهما خاصّة لا يتعدى منه إلى العقد الذي قد صدر منهما وكذا احتمال أنّ الوجه في ذلك اطلاق الجواب الذي هو مساق لغير ذلك .

نعم قد استدل عليه بخبر ابراهيم بن محمد الهمداني بل صحيحه [3] قال « كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام وسألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطي الاجرة في كل سنة عند انقضائها لا يقدم لها شيء من الاجرة ما لم يمض الوقت ، فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها ، هل يجب على ورثتها إنفاذ الاجارة إلى الوقت أم تكون الاجارة منقضية بموت المرأة ؟ فكتب عليه السلام : إن كان لها وقت مسمّى لم تبلغه فماتت فلورثتها تلك الاجارة ، وإن لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت انشاء الله » .

وفيه ـ مع كونه بعد التسليم ليس دالا إلّا على بطلان القول بالانفساخ مطلقا والقول به بموت الموجر دون القول به في المستأجر خاصّة ، ضرورة كون المفروض

---

(١) الوسائل الباب ـ ٧ ـ من أبواب أحكام الاجارة الحديث ـ ١ .

(٢) الوسائل الباب ٢٤ ـ من أبواب أحكام الاجارة الحديث ـ ٥ وفيه كتبت الى أبي الحسن عليه السلام .

(٣) الوسائل الباب ـ ٢٥ ـ من أبواب أحكام الاجارة الحديث ـ ١ .

فيه موت الموجر .

أللهم إلاّ أن يتمم بوضوح ضعف القول المزبور - أنه مبني على إرادة مدّة الاجارة من قوله « وقت مسمّى » بقرينة السؤال ، وأنّ قوله « وإن لم تبلغ ذلك » إلى آخره بيان للشرطية الاولى لا مقابل لها ، وأنّ المراد من قوله « فيعطى ورثتها بقدر » إلى آخره أنها تعطي بنسبة ما بلغت ، فإنّ المعطي حينئذٍ بقدر ما لم تبلغ لا بقدر ما بلغت ، والجميع كما ترى .

ومن هنا احتمل في الرواية معنى آخر ، وهو أن يكون المراد بالوقت النجم المضروب لدفع أبعاض الاجرة ، وهو انقضاء السنة ، ويؤيّده أنّ وقت الإجارة مفروض في السؤال ، فلا يقبل التشكيك والإحتمال حتى يشترط ذلك ، وكذا عدم بلوغها ذلك الوقت ، بل قيل : إنّه على هذا التقدير لايلزم تفكيك في الوقت ، فانّ المراد بالمتكرر منه معنى واحد ، بخلاف الأوّل فانّ الوقت في قول السائل أولا «مالم يمض الوقت » هو وقت دفع الاجرة لاوقت الإجارة .

وكذاقوله عليه السلام « إن كان لها وقت مسمى » فإنّ مدّة الإجارة ليس لها ، وإنّما عليها امضاؤها ، بخلاف وقت أخذ الإجارة ، وكذا حسن المقابلة بين الشرطين فانّ المراد من الاولى حينئذٍ موتها عند انتهاء النجم قبل أخذ الأجرة ، و المراد من قوله «لم تبلغه » أنّها لم تبلغها أجرته ، ومن الثانية موتها في أثنائه في الثلث أو النصف أو غيرهما ، ويكون قوله عليه السلام «فيعطي ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت» على ظاهره وهو أنّ الورثة يعطون مقدار الأجرة الماضية دون الباقية ، وعلى هذا فيكون مدلول الرواية ضد المطلوب .

لكن في مصابيح العلامة الطباطبائي أنّ الظاهر هو المعنى الأوّل ، وقوله عليه السلام « انكان لها وقت مسمى لم تبلغه » كالصريح في عدم بلوغ الوقت ، والحمل على عدم بلوغ الأجرة في غاية البعد ، وفي بعض النسخ مكان لم تبلغه «لم تبلغ » والدلالة فيه أظهر وأوضح ، وحمل قوله « بقدر مابلغت » على إرادة النسبة كما سمعت ، ليس بهذه المثابة من البعد .

ثمّ قال : ويحتمل عود الضمير في قوله « بلغت » إلى الورثة دون الامرأة فيكون المراد بقية المدّة التي صارت للورثة وفي قول السائل « هل يجب » إلى آخره دلالة واضحة على ارادة المدّة دون الأجل المضروب كدفع الأجرة ، والامر في باقي القرائن هين » .

قلت : قديقال : إنه ظاهر بالفسخ على تقدير الأول أيضاً و ذلك بأن يكون المراد إن كان للاجارة وقت مسمّى ولم تبلغه المرأة أي لم تبلغ شيئاً منه بقرينة الشرطية الثانية ، على معنى أنها آجرت إلى مدّة معلومة ، فماتت حال الإجارة قبل أن تبلغ شيئاً من المدّة ، فالحكم فيه حينئذٍ أنّ لورثتها تلك الإجارة ، على معنى أنّ لهم امضاؤها أوفسخها ، بناءً على أنّ المراد من القول بالفسخ بالموت عدم لزوم الإجارة ، على الورثة نحوما اعترف به القائل بالصحة فيما استثناه من هذه المسئلة وهو إجارة البطن الأوّل من الموقوف عليهم ، وانتقل الوقف إلى البطن الثاني بموت الأوّلين في أثناء الأجارة ، فانّ لهم الخيار في إنفاذ الاجارة الأولى وفسخها ، وإن أبيت عن ذلك باعتبار ظهور كلام القائل هنا في انفساخ عقد الاجارة وبطلانه بالموت على وجه لا تنفعه إجازة الوارث ، فيمكن أن يكون المراد أنّ الورثة إن شاؤا آجروا ، وإن شاؤا لم يوجروا .

وعلى كل حال فالمراد من الشرطية الثانية أنها إن لم تبلغ المرأة الوقت المسمّى ولكن بلغت ثلثه أو نصفه مثلاً ، فللورثة حينئذٍ من الأجرة مقدار ما بلغت الإمرءة من الوقت إن ثلثاً فثلث ، وإن نصفاً فنصف ، ضرورة أنه مقتضى انفساخ عقد الإجارة، حتى لواشترط على الإمرأة تأخير الأجرة إلى تمام السنة مثلاً كما هو مفروض السؤال ، لعدم تأثير الشرط بعد انفساخ العقد الذي ذكر فيه ، وحينئذٍ تتضح دلالتها على الانفساخ على هذا التقدير ، بل هي كذلك أيضاً على نسخة « لم تبلغ » .

بل لعلّ ماذكرناه أولى مما سمعته ، بل يمكن القطع بعدم إرادة ماذكره في تفسير يعطي ورثتها بقدر ما بلغت ، على تقدير الدلالة على الصحة كما أنّه يمكن

القطع بفساد تفسير لم تبلغه على التقدير الثاني ، بأنها لم تبلغها أجرته ، واشتمال السؤال على ذكره مدة الإجارة ، لاينافي عدم ملاحظته في الجواب الذي أريد منه تفصيل الحكم بحسب الأفراد ، على أنّ ذلك وارد على تقدير إرادة الأجرة لاعقد الإجارة .

وأظرف شيء استبعاد إرادة الأجارة من الجواب ، بأنه ليس لها أي المرأة مدة الإجارة وإنما عليها امضاؤها ، ضرورة كون المراد من ضمير لها الإجارة ، لا المرأة ، حتى يرد ذلك ، على أنّ مدّة الأجرة ليس لها أيضاً بل عليها .

وعلى كل حال فلاريب في ظهور الخبر المزبور في البطلان كما اعترف به المجلسي فيما وجدته في حواشيه على هامش ماحضرني من نسخة الكافي ، وفاضل الرياض ، وبذلك يقوى القول المزبور ، خصوصاً بعد الاعتضاد بما سمعته من الغنية والخلاف ، بل في التذكرة بعد حكاية ما في الخلاف قال : « ولاشك في عدالته وقبول روايته مسندة ، فتقبل مرسلة » قلت : مضافاً إلى أنّ نقل العدل ماهو حجة من خبر معتبر أواجماع أونحو ذلك حجة فتأمّل .

على أنّه لامعارض لذلك ، سوى عموم أواطلاق أواستصحاب أونحو ذلك ممّا يخرج عنه بأقلّ من ذلك ، كقاعدة تسلّط الملاك الذين منهم مالك المنفعة على ملكهم ، فلهم نقله مدة طويلة وقصيرة ونحو ذلك ، وكانّ المتأخرين لم يقفوا على الخبر المذبور ، أولم ينقحوا دلالته ، ولذا لم يتعرّضوا له .

ومن هنا يضعف الاعتماد على شهرتهم على أنّها - مع خروج ابن سعيد منهم والفاضل في التذكرة - معارضة بما عرفت ، من كون البطلان مذهباً لمن سمعت .

ولا ينافي ذلك ماسمعته من المبسوط ، فانّك قد عرفت تدافعه ، على أنا لم نتحقق ماحكاه عنهم من كون الاظهر عندهم التفصيل المزبور .

ومن الغريب ما في الرياض من دعوى معارضة الاجماعين المزبورين بما في المبسوط من الإجماع على التفصيل ، مشيراً به إلى ماسمعته من عبارته التي هي مع تدافعها وعدم الأشارة فيها إلى الاجماع لم نتحقق ماحكاه فيها من أظهرية التفصيل

عندهم كما انا لم نتحقق نسبة ابن البراج له إلى الأكثر ، فإنه لم نعرفه قولا لأحد معلوم.

وكذا ماحكاه ابن ادريس عن الاكثرين المحصلين من القول بالصّحة مطلقا ، فإنه لم يعرف لأحد ممّن تقدمه ، سوى مايحكى عن ابن الجنيد والمرتضى وأبي الصلاح ، مع أنه لاصراحة في كلام الاولين منهم ، لاقتصاره على عدم الانفساخ بموت المستأجر .

اللّهم إلاّ أن يتمم بعدم القول المعتدّ به في الصّحة بذلك ، لكنه قديمنع الاتمام بذلك على وجه يحصل منه الأجماع المركب ، خصوصاً في أمثال القدماء الذينهم مبدء الأقوال ، ومع التسليم فهم محجوجون بما عرفت .

نعم لادلالة في خصوص الخبر على الفسخ بموت كل منهما ، بل أقصاه الفسخ بموت الموجر ، إلاّ أنّه يمكن تتميمه بعدم القول المعتدّ به في الفصل بينهما في ذلك كما عرفت .

لكن ومع ذلك كلّه فالاحتياط لاينبغي تركه ، كما أنه لاينبغي تركه فيما لوآجر الولي ، واوالشرعي ، أواستأجر للمولى عليه ، فمات هو ، فإنّ الفسخ بموته حينئذٍ وإن قلنا به في غيره لايخلو من إشكال بل منع بل قديحتمل عدم الفسخ أيضا بموت المولى عليه ايضاً ، إقتصاراً فيما خالف الأصل على محلّ النص الذى هو المنساق من معقد الاجماعين والفتاوى .

وكيف كان فقد استثنى القائل بعدم الانفساخ موت الأجير الخاص ، و الموقوف عليهم ، ومن اشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه ، والمراد بالاجير الخاص من آجر نفسه على أن يعمل بنفسه عملاً مخصوصاً ، ولا ريب في انفساخ الاجارة بموته إذا فرض تعلقها بعمله المخصوص ، لاعمل كلّي في ذمّته واشترط عليه أداؤه بنفسه ، فانّ المتجه حينئذٍ ثبوت الخيار للموجر بتعذر الشرط ، لا الأنفساخ ، ومنه يعلم المناقشة في الثالث .

أما الثاني فالظاهر أنّ للبطن الثاني انفاذ إجارة البطن الاوّل وعدمه ، فهو

شبه الفضولي بالنسبة إليهم ،لاالانفساخ والبطلان كما سيأتي الكلام فيه إنشاءالله .
نعم ينبغي تقييده بما إذا لم يكن الموجر ناظر الوقف لمصلحة الوقف ولو الشرعي ، فانّ الظاهر مضيّه على البطون المتأخرة ، باعتبار ولايته على ذلك ، فهو بمنزلة إجارتهم ، وإن احتمل فيه الانفساخ أيضاً .

لكنه ضعيف كضعف احتمال مضي إجارة البطن الأوّل على البطون المتأخرة ، باعتبار كون المنفعة ملكاً لهم ، فهو كالعين المملوكة التي يؤجرها مالكها ، زايداً على أيّام حياته .

وفيه مالايخفى من وضوح الفرق بين الأمرين ، فانّ الموقوف عليهم يتلقون الملك من الواقف ، وليس للبطن الاوّل منه إلاّ أيّام حياتهم ،بخلاف العين المملوكة غير الوقف ، فانّ مالكها يملك منفعتها إلى آخر الابد على حسب ملكية العين ، وإن زالت بموت ونحوه ، فينتقل منه حينئذٍ إلى ورثته ، فله اخراج المنفعة عن ملكه زايداً على أيّام حياته ، لانّها من أملاكه ، والنّاس مسلّطون على أموالهم ، فتنتقل إلى الوارث مسلوبة المنفعة ،أمّا الموقوف عليهم فملكهم الّذي جاء إليهم من قبل الواقف مقيد .

فمن الغريب اشتباه بعض علماء العصر في ذلك ، مع أني لم أجد من وافقه عليه نعم ذكره بعض الاصحاب إحتمالاً ، وليته لم يذكره ، وكذا تنفسخ لوكان الموجر موصى له في المنفعة مدّة حياته فمات في أثنائها لانتهاء استحقاقه والله العالم . .

﴿و﴾ على كلّ حال فضابط مورد الاجارة أن ﴿ كلما صحّ إعارته﴾ من حيث كونه عيناً ينتفع به مع بقائه ﴿صحّ إجارته﴾ بلا خلاف أجده فيه نقلاً وتحصيلاً بل اجماعاً كذلك ، لما تقدم في العارية من أنّ العين المستعارة هي كلمّا يصح الانتفاع به مع بقاءعينه ، كالثوب والدابّة ونحوهما ، وذلك بعينه مورد الإجارة عرفاً ، ولغة الّتي هي المستعملة في نقل المنافع في مقابل نقل البيع الأعيان ، فينصرف الامر بالوفاء بالعقود وغيره من اطلاق كلّ منهما إلى ذلك ، فلا دليل حينئذٍ على

صلاحية نقل البيع للمنفعة ، والاجارة للعين ، كي يخرج به عن مقتضى أصالة عدم الانتقال ونحوها .

ولا يقدح في هذاالضابط جواز عارية المنحة للحلب دون الأجارة له ،عكس المرأة للرّضاع بعد أن كان ذلك بالدليل ، مع امكان منع كون الأوّل عارية حقيقة، بلهو إباحة كغيرها من إباحات إتلاف الاعيان ، وجواز المنحة أعمّ من كونه عارية وإمكان منع نقل عين اللبن بها فيالثاني ، وإن استلزم الإرضاع الذي هو عملمحض إتلاف اللبن .

كمالايقدح لذلك أيضاً جوازنحو استيجار الحرّ ، دون عاريته ، في العكس المستفاد من الكلّية المزبورة ، ولو بقرينة إرادة ضبط مورد الإجارة منها ، ولايتم إلاّ بكلّيةالعكس ، على أنّ المراد بالضابطالمزبور منحيث كونه عيناً ينتفع بهامع بقائها ، فلايقدح وجود مانع آخر للعارية أوالإجارة كما هو واضح .

نعم لاشيء ممالا تصح إعارتهلعدم كونه عيناً ينتفع بهاتصح إجارته ، بلاخلاف أجده فيهأيضاً ، بلالاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلىأصالة عدم الانتقال بعدمعلومية كون موردها غير ذلك عرفاً و لغة على وجه تنصرف الادلة إليه . فلا شمول في شيء منها حينئذٍ كي يعارض الأصل المزبور .

﴿و﴾ أما ﴿ إجارة المشاع ﴾ فهي ﴿ جايزة ﴾ عندنا ﴿ كالمقسوم ﴾ كما في المسالك و الروضة ، لعموم [1] « أوفوا بالعقود » و خصوص إطلاقات الإجارة ، و استيفاء المنفعة ممكن بموافقة الشريك .

نعم لا يسلم العين إلا باذنه ، ولو أبى رفع أمره إلى الحاكم ، كما إذا تنازع الشريكان ، و الإشاعة لاتنافيمعلوميةالمشاع بحسب حاله ، ولذا جاز وقوع البيععليه و غيره من العقود ، ولا فرق في صحّة إجارته بين العلم بإشاعته و الأقدام عليها ، و بين الجهل بذلك، كما إذا أقدم علىاستيجارالكلّ مثلاً ، فبان عدم استحقاقالمؤجر ازيد من النصف ، ولم يجز المالك ، وان كان للمستأجر حينئذٍ خيار تبعيض الصفقة ،

(١) سورة المائدة الآية ـ ١ .

والتعييب بالشركة كما هو واضح والله العالم.

﴿ و العين المستأجرة أمانة ﴾ لغة و عرفاً ضرورة كون الأستيلاء عليها بإذن من المالك أومن يقوم مقامه ، بناء على تحقق صدق الأمانة بذلك ف﴿ لا يضمنها ﴾ حينئذ ﴿ المستاجر إلا بتعد أو تفريط ﴾ كما في كل أمانة ، للاصل المستفاد من السنّة في عدة مقامات ، و الاجماع بقسميه ، و به يخرج عن عموم [1] « على اليد » ولو كان شاملاً للأمانة .

نعم لا ريب في الضمان ولا خلاف فيه بل الأجماع بقسميه عليه أيضاً معهما، مضافاً إلى عموم النصوص نحو من أتلف و « على اليد » و نحوهما .

وخصوص صحيح علي بن جعفر [2] عن أخيه عليه السلام « سألته عن الرجل إستاجر دابّة فأعطاها غيره فنفقت فما عليه، قال : إن كان اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها ، و إن لم يسم فليس عليه شيء » .

و في آخر [3] في المتعدى في البغل « أرايت لو عطب البغل أليس كان يلزمني ، قال : نعم قيمة البغل يوم خالفته ، قلت : فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر فقال : عليك قيمة ما بين الصحّة و العيب يوم تردّه عليه » .

و في صحيح الحلبي [4] « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تكارى دابة إلى مكان معلوم فنفقت الدابة ، قال : ان كان جاز الشرط فهو ضامن ، و إن دخل وادياً و لم يوثقها فهو ضامن ، و إن سقطت في بئر فهو ضامن ، لانه لم يستوثق منها» إلى غير ذلك من النصوص الدالة على ذلك .

بل و على الحكم الاوّل بمقتضى المفهوم ، كبعض النصوص [5] المشتملة على تعليل عدم ضمان العارية بالامانة ، و الواردة في عدم ضمان الأجير [6] ما يتلف

(١) المستدرك . ج ٢ ص ٥٠٢ .
(٢) الوسائل الباب - ١٦ - من ابواب احكام الاجارة الحديث - ١ .
(٣) (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من ابواب أحكام الاجارة الحديث - ١ - ٣ .
(٥) الوسائل الباب - ١ - من ابواب أحكام العارية .
(٦) الوسائل الباب - ٣٢ - من ابواب احكام الاجارة .

في يده إذا كان أميناً ، و نحو ذلك ممّا يستفاد منه الأصل المزبور في الأمانة الذي مقتضاه هنا عدم الفرق بين التلف في المدة و بعدها ، إذا لم يحصل منه منع للمؤجر عن عينه إذا طلبها ، بل خلّى بينه و بينها ، ضرورة كونها أمانة أيضا في هذا الحال، فيجري عليها الحكم السابق ، للاستصحاب و اطلاق أدلة الأمانة .

و دعوى ـ كونها أمانة شرعية حينئذٍ فيضمنها مع الاخلال بالرّد فوراً ـ يدفعها بعدالتسليم منع وجوبالرّدعليه على وجهتكونالمؤنة عليه ، بلأقصاهوجوب التمكين و التخلية بينها و بين المالك ، فماعن الاسكافي والطوسي من اطلاق الضمان بعد المدة واضح الضعف ، خصوصاً بعد أخصية الدليل المزبور عن الدعوى كما هو ظاهر .

أللهم إلا أن يقال : إنّ الاصل ضمان مال الغير إلاّ ما خرج بعنوان شرعي ، كاللقطة و الوديعة و نحوهما ، و ليس للأمانة مصداق عرفي زايد على الوديعة ، و ما ورد من التعليل بالأمانة في غيرها ـ يراد به كالأمانة في الحكم و الإذن الشرعي بل و المالكي ـ إذا لم تندرج في عنوان نفى عنه الضمان ـ لا يقتضى عدمه ، كما لا يخفى على من لاحظ استقراء الموارد من المقبوض بالسوم و الطبيب و البيطار ، وغير ذلك .

والعين المستأجرة فيالمدة غير مضمونة إلاّبالتعدّى أو التفريط ، أمّا مابعدها فيبقى على قاعدة الضمان ، أللّهم إلا أن يدّعى أنه شامل لهذا الحال ، ولو للزومه له في العادة . و لكنه لا يخلو من تأمّل و الله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿فياشتراط ضمانها من غيرذلك﴾ أى التعدّى والتفريط ﴿ تردد ﴾ ينشأ من قاعدة « المؤمنون » و إطلاق أدلّة العقود ، و الأجارة ، و من منافاته لمقتضى العقد أو الأمانة ﴿ أظهره المنع ﴾ بل هو الأشهر ، بل المشهور بل في جامع المقاصد باطل قطعاً ، بل لم أجد فيه خلافاً الا مايحكى عن الأردبيلى و الخراساني من الميل إلى الصحّة ، و تبعهما في الرياض تمسّكاً بالعموم المزبور مع ضعف المعارض ، لمنع منافاته على اطلاقه ، بل هو حيث لم يكن هناك شرط .

والخبر [١] رجل استأجرسفينة من ملاح فحملها طعاماً فاشترط عليه إن نقص الطعام فعليه ، فقال : جايز ، قلت : إنه ربما زاد الطعام قال : فقال : أيدعي الملاح أنه زادفيه شيئاً ؟ قلت لا ، قال : لصاحب الطعام الزيادة ، و عليه النقصان إذا كان قد اشترط عليه ذلك » و غيره ممادل على نحو ذلك .

و فيه : أنه و إن لم يكن منافياً لمقتضى العقد ، إلا أنّه مناف لمقتضى مادلّ على عدم ضمان الأمانة ، الشامل بعمومه لحال الشرط ، فيكون التعارض بينه وبين المؤمنون من وجه .

ولا ريب في أن الترجيح للاوّل بالشهرة و الأصل و غيرهما ، بل قد يمنع شمول الثاني لذلك ، باعتبار ظهوره في كونه ملزماً كالنذر و العهد ، لا شارعاً جديداً نحو الصلح ، فاثبات الضمان به ـ حينئذ مع أن أسبابه انما تستفاد من الشرع ـ لايخلو من منع .

و حصوله في العارية بدليل خاص لا تقتضي ثبوته في المقام بعد حرمة القياس ، و إلا لاقتضى جواز اشتراط ضمان الوديعة ونحوها من الأمانات التي يمكن دعوى معلومية خلافه من مذاق الشرع ، و احتمال كون المراد من الضمان الالزام باداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف مثلاً ولو من غير تعدّ ولا تفريط مخالف للفرض ، ضرورة كون المراد الضمان به على حسب الضمان بالتعدّي و التفريط و نحوهما من الأسباب الشرعية له ، و البحث في صلاحية عموم المؤمنون لمثل ذلك .

وأمّا الخبر ونحوه فهو في ضمان من أخذ الأجرة ، لامن دفعها ، وستعرف البحث فيه من دون شرط ، فضلاً عن الاشتراط ، كما أنّ لتمام تحقيق الحال في عموم « المؤمنون » وصلاحيته لتناول أمثال ذلك ولنتائج العقود محلاً آخر والله هو العالم.

﴿وليس في الاجارة خيار المجلس﴾ اجماعاً بقسميه بل المحكي منهما مستفيض أومتواتر ، مضافاً إلى قاعدة اللزوم السّالمة عن المعارض هنا ، بعد حرمة القياس عندنا ،

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢٧ ـ من ابواب احكام الاجارة الحديث ـ ١ مع اختلاف يسير .

بل لايجوز اشتراطه هنا وإن جوّزناه في البيع ، من غير اشتراط مدّة لثبوته فيه كذلك ، أمّا معها فالظاهر الجواز ، لكن يكون خيار شرط ، لامجلس ، كما هو واضح .

نعم لا إشكال ولاخلاف في ثبوت خيار الشرط فيها ، بل ربما استظهر من التذكرة الاجماع عليه لعموم دليله ، ﴿و﴾ حينئذ ف﴿لو شرط الخيار لأحدهما أولهما﴾ أولاجنبي ﴿جاز سواء كانت﴾ الاجارة على عين ﴿معينة كأن يستأجر هذا العبد أو هذه الدار أوفي الذمة كأن يستأجره ليبنى له حائطاً﴾ خلافاً لبعض العامّة ، فلم يجوزه في المعينة ولاريب في بطلانه ، ضرورة كون الاجارة كالبيع بالنسبة إلى ذلك، ولذا كان حكم الخيار الثابت فيها من الموت ونحوه كحكم الخيار فيه .

وقد تقدم في بحث الخيار من البيع تمام الكلام في أحكامه وأقسامه التي منها خيار الشرط الّذي من أفراده خيار المؤامرة ، وخيار ردّ الثمن وغير ذلك ممّا هو مذكور في محله ، فلاحظ ماهناك كي تعرف مايجرى من ذلك هنا بل الظاهر جريان خيار الرؤية والعيب والغبن والاشتراط وتبعض الصفقة ، وتعذر التسليم والفلس والتدليس ، بل والشركة ولو في الاجرة ، على معنى أنه إذا آجر داره مثلاً بأجرة معينة ، وقبل القبض قدامتزجت بغيرها على وجه لاتتعين للاشتراك في الدليل ، بل وكذا خيار مايفسدليومه ، أمّا خيار الحيوان فلايجري فيها ، وكذا خيار التأخير ثلاثة أيّام ، مع احتمال جريان الأخير .

وبالجملة كلّ خيار في البيع كان دليله أومن أدلته خبر الضرار ونحوه ، يتجه جريانه ، بخلاف ما اختص بدليل خاص لايجوز التعدي عنه إلاّ بالقياس المحرم عندنا .

نعم ربما يمر عليك في اثناء المباحث خيار لايندرج في الخيارات المزبورة ، ولا بأس به بعد فرض قيام الدليل عليه لعدم الحصر العقلي ولا الشرعي فيها كما هو واضح .

الفصل ✿(الثاني:

في شرائطها : وهي ستة)✿

﴿ الاوّل : أن يكون المتعاقدان ﴾ مالكين ﴿ كاملين ﴾ بالبلوغ و العقل و الاختيار ﴿ جائزي التصرف ﴾ لعدم الفلس و السفه و نحوهما من أسباب الحجر ، ﴿ فلو آجر المجنون لم تنعقد إجارته ﴾ ولو أجاز وليه بعد ذلك ، ﴿ و كذا الصبيّ الغير المميّز ﴾ بل ﴿ و كذا المميّز ﴾ .

لكن في المتن هنا ﴿ إلاّ بإذن وليه ﴾ و هو مخالف لما تقدم له في البيع ، بل لم نعرف به قائلاً قبله ، و إن قال هنا أيضاً . ﴿ و فيه تردد ﴾ فإنّه غير خفي عليك عدم خصوص دليل في المقام يصلح فارقاً بينه و بين البيع ، كما أنه لا وجه معتدّ به للتردد في أصل ذلك في المقام و في البيع ، من غير فرق بين بلوغ الذكر عشرا عاقلا و عدمه ، لما تقدم هناك فلاحظ كي تعرف ما هنا .

بل وتعرف المراد من شرطية مثل ذلك ، فإنه بالنسبة إلى بعض ، شرط صحّة فيفسد العقد بفقده ، و بالنسبة إلى آخر شرط نفوذ العقد ، فلا يفسد العقد حينئذ بفقده آناًمّا ، بل تبقى قابلة للتأثير إلى آن حصوله ، كما تقدم في عقد المكره والفضولي و السفيه و المفلس و نحوهم كما تقدم تفصيل ذلك كلّه في البيع الذي لم نعثر على ما يصلح للفرق بينه و بين الإجارة في ذلك كلّه فلاحظ و تأمّل .

الشرط ﴿ الثاني: أن تكون الأجرة معلومة بالوزن أو الكيل ﴾ أو العدّ ﴿ فيما يكال أو يوزن ﴾ أو يعدّ ﴿ ليتحقق انتفاء الغرر ﴾ و الجهالة المبطلة بالاجماع كما في المختلف نحوما سمعته في البيع الذى هو نحو الإجارة في ذلك و شبهه ، و إن اختلفا في نقل الأعيان و المنافع ، و هو الحجة على اعتبار العلم المزبور ، مضافاً إلى ما في المسالك عن النبيّ ﷺ أنه نهى عن الغرر مطلقاً و إن كنّا لم نتحققه ، إلاّ انه منجبر هنا بالعمل من الأصحاب .

﴿ وقيل ﴾ و القائل جماعة كما في المسالك منهم الشيخ و المرتضى ﴿ تكفي

المشاهدة﴾ في ارتفاع الجهالة و الغرر ، ﴿وهو حسن﴾ فيما ترتفع الجهالة والغرر بها عرفا ممّا تكفي المشاهدة فيه لا مطلقا ، ضرورة عدم كفايتها في مثل الموزون و المكيل والمعدود ، و إلاّ لكفت في البيع المعلوم اعتبار عدمهما فيه ، على وجه يرتفع معه النزاع و الخطر ، و يتحقق به صدق بيع المعلوم عرفاً غيرالمجهول ، اذ لا يكون ذلك إلاّ بملاحظة ما أعدّ عرفا لرفع الجهالة ، و تحقق العلم من الوزن و الكيل و العدّ فيما تعارف اعتبارها فيه .

و دعوى الفرق بين الأجارة و البيع بالنسبة إلى ذلك واضحة الفساد ، بعدما سمعت من الأجماع وغيره ، كدعوى كفاية المشاهدة فيهما ، و التمسك بآية «أوفوا» ونحوها من العموم يقضي بعدم اعتبار المشاهدةأيضاً في الصحة الذى لا يقول به الخصم، فإنّه على الظاهر يبطل الأجارة مع الجهالة ، لكن يدعي ارتفاعها بالمشاهدة، ودعوى اعتبار ما يرتفع بالمشاهدة من الجهالة دون غيرها مجرّد تهجس و تحكم هو واضح.

﴿و﴾ كيف كان فلا خلاف كما لااشكال في أنه ﴿تملك الاجرة بنفس العقد﴾ الذي مقتضاه تبديل ملك بملك ، فمع فرض جامعيته شرائط الصحة تترتب عليه آثاره التي منها الملك في العوضين ، لكن لا يجب تسليمها قبل المعوض الذي هو العين الموجرة أوالعمل المستأجر عليه ، على حسب الثمن و المثمن في البيع الذي قد عرفت تمام الكلام فيه في محلّه .

فلو كان المستأجر وصيّاً لم يجز له التسليم قبله إلا مع الإذن صريحاً من الموصي ، أوشاهد الحال ، وإلا كان ضامناً حتى لو توقف الفعل على الأجرة، كالحج و امتنع المستأجر من التسليم ، ولم يتمكن من اجباره على ذلك كان له الفسخ ، بل في المسالك كان للأجيرالفسخ أيضاً ، ولايخلو من اشكال بعد فرض إقدامه على الاجارة التي مقتضاها ذلك ، فتأمّل جيداً .

﴿و﴾ على كل حال فالمراد ممّا في المتن وغيره من انه ﴿يجب تعجيلها﴾ أي الاجرة ﴿مع الاطلاق ومع اشتراط التعجيل﴾ الذي هو كالشرط المؤكد دفعها في أوّل أوقات الوجوب ، وهو وقت تمام العمل ، وتسليم العين الموجرة على حسب

غيرها من عقود المعاوضة ، من غير فرق بين الاشتراط وعدمه ، وإن كان ربّما يفيد فائدة، وهي التسلّط على الفسخ مع عدم الوفاء به من المؤجر ، أو المستأجر .

نعم لو كان هناك تعارف بعقد ثمّ يسلّم الاجرة قبل المعوض على وجه ينزل العقد عليه ، اتجه وجوبه حينئذٍ على المستأجر ، نحو المشاهدة في العكس ﴿ و ﴾ هو واضح .

كما أنه ﴿ لو شرط ﴾ المستأجر مثلاً ﴿ التأجيل ﴾ في الاجرة ﴿ صحّ ﴾ لعموم « المؤمنون » ﴿ بشرط أن يكون ﴾ الاجل ﴿ معلوماً ﴾ مضبوطاً بما لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره من الآجال .

﴿ وكذا لو شرطها في نجوم ﴾ على وجه التقسيط فيجعل لكل أجل قسطاً معلوماً منها ، للاطلاق ، من غير فرق في ذلك بين الاجارة الواردة على معيّن شخصيّ والمطلقة الواردة على كلّي في الذمة ، خلافاً لما عن بعض العامة فمنع في الثانية قياساً على السلم الذي يجب فيه قبض العوض في المجلس ، وهو كما ترى .

﴿ وإذا وقف الموجر على عيب في الأجرة سابق على القبض ﴾ وإن كان متاخراً عن العقد ﴿ كان له الفسخ ﴾ المقتضي لزوال ملكه ممّا قبضه ، فتعود المنفعة إلى ملكه إذا استلزم ذلك فسخ الإجارة لتعذر الابدال ﴿ أو ﴾ تكون له ﴿ المطالبة بالعوض ﴾ إذا لم يتعذر كلّ ذلك ﴿ إن كانت الاجرة مضمونة ﴾ في الذمة .

والمناقشة ـ في فسخ الاجارة في الاوّل بأنّ الاجرة كليّة في الذمة ، فلا يستلزم زوال ملكيته عن الفرد المقبوض بفسخه لها فسخ أصل العقد ، وإن تعذّر البدل ، بل ينتظر حتى يتمكن منه أو يغرم قيمته ـ واضحة الفساد ، ضرورة منافاة التزامه بذلك الضرر المنفي ، مضافاً إلى الاتفاق ظاهراً على أنّ له الفسخ في هذا الحال ، وإلى ثبوت الخيار في نظائره بذلك .

بل الظاهر أنّ له الامساك بالارش فيه كما في فوائد الشرائع والمسالك ولعلّه لصيرورته بتعذر البدل كالعين المعيّنة ، فيثبت له حكمها من الفسخ أو الارش .

نعم المتجه عدم فسخ العقد ، وعدم الارش إذا لم يتعذّر البدل ، بل يختص خياره بين الامساك مجاناً ، والمطالبة بالبدل مع فسخه ، للملكية الحاصل من القبض الذي لا يستلزم فسخه فسخ العقد من أصله في هذا الحال ، وإن كان هو ظاهر جماعة في باب الصرف ، إلاّ أنّ التحقيق خلافه ، كما أوضحنا ذلك في الباب المزبور وفي باب السلم ونبّهنا على اختلاف كلماتهم في البابين فلاحظ ، فإنّ منه يتضح لك الحال فيما هنا هذا كلّه في المضمونة .

﴿ وإن كانت معيّنة كان له الرّد أو الارش ﴾ على حسب العيب في ثمن المبيع بلا خلاف أجده ولا إشكال ، بناء على عدم اختصاص حكم العيب بالبيع .

نعم الظاهر اختصاص الحكم المزبور بما إذا لم يكن الاجرة منفعة ، وإلاّ جرى فيه ما تسمعه انشاء الله من حكم العيب في العين المستأجرة عند تعرّض المصنف له .

﴿ ولو أفلس المستأجر بالاجرة فسخ الموجر إن شاء ﴾ وإلاّ شارك الغرماء كما تقدم الكلام في ذلك وفي فروعه وفي فلس الموجر مفصّلا في باب الفلس فلاحظ وتأمّل .

﴿ ولا يجوز أن يؤجر المسكن ولا الخان ولا الاجير بأكثر ممّا استاجره ، إلاّ أن يؤجر بغير جنس الاجرة ، أو يحدث فيه ما يقابل التفاوت ﴾ كما عن ظاهر الشيخ ، بل لعلّه ظاهر المقنعة ، أيضاً ، وإن اقتصر فيها على الحانوت والدار ، وعلى استثناء الاحداث .

إلاّ أنه كالمصنف في باب المزارعة صرّح بكراهة إجارة الأرض بالاكثر قال فيها : وتكره إجارة الارض بأكثر ممّا استأجرها الانسان به ، إلاّ أن يكون قد أحدث فيها عملاً أصلحها به ، ككري نهر أو حفر ساقية أو اصلاح دالية أو كراب أرض واشباه ذلك .

ولا بأس أن يوجرها بأكثر قيمة ممّا استأجرها به إذا اختلف النوعان ، فكان مال الاجارة عيناً وورقا واجارتها حنطة أوشعيرا وإن لم يحدث فيها شيئاً ، وإنما يكره

ذلك فيما يتفق نوعه ، أو يكون عيناً وورقا دون غيرهما من العروض .

وهذا التفصيل بين الأرض والثلاثة أحدالأقوال في المسألة ، وربما أضيف إليها الحانوت والرحى ، بل قد عرفت أنّ المفيد اقتصر على أوّلهما مع الدار .

وعلى كل حال فيدل عليه من النصوص خبر أبي الربيع الشامي (١) عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن الرجل يتقبل الارض من الدّهاقين فيواجرها بأكثر ممّا يتقبلها ، ويقوم فيها بحظّ السلطان قال : لا بأس به إنّ الارض ليست مثل الاجير ، ولا مثل البيت إنّ فضل الاجير والبيت حرام» .

وخبر أبي المغرا (٢) « عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يستأجر الأرض ثمّ يواجرها بأكثر مما استأجرها فقال : لا بأس إنّ هذا ليس كالحانوت ولا الاجير ، إنّ فضل الاجير والحانوت حرام » .

وخبر ابراهيم بن ميمون(٣)« إنّ ابراهيم بن المثنى سأل أبا عبدالله عليه السلام وهو - يسمع - عن الارض يستأجرها الرجل ثمّ يواجرها بأكثر من ذلك قال : ليس به بأس ، إنّ الارض ليست بمنزلة البيت والاجير ، إنّ فضل البيت حرام ، وفضل الاجير حرام » .

وأمّا الجواز مع الاحداث فللأصل والاجماع بقسميه ، وصحيح الحلبي (٤) عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يستأجر الدار ثمّ يواجرها بأكثر ممّا استأجرها قال : لا يصلح ذلك إلاّ أن يحدث فيها شيئاً » .

وصحيحه الآخر(٥) عنه أيضاً « لو أنّ رجلا استأجر داراً بعشرة دراهم فسكن ثلثيها وآجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس ، ولا يواجرها بأكثر مما استأجرها به إلاّ أن يحدث فيها شيئاً » بناء على إرادة الحرمة من نفي الصلاح في السابق ولو بقرينة النصوص السابقة التي لا ريب في أولوية حمله عليها من العكس ، لأصرحيتها

---

(١) (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث -٢-٤ .

(٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ٥ .

(٤) (٥) الوسائل الباب - ٢٢ من أبواب أحكام الاجارة الحديث -٤-٣ .

منه ، بل قد يقال : بأنّه للقدر المشترك في العرف السابق .

وأمّا الجواز مع تغاير الجنس فإنّه وإن لم يذكر فيما وصل إلينا من النصوص لكن يدلّ عليه ـ مضافاً إلى الاجماع المحكي عليه إن لم يكن المحصّل وظهور أنّ سبب المنع الربا المعلوم انتفاؤه في الفرض أصالة الجواز ، بناء على عدم شمول أدلّه المنع له ضرورة لفظ الاكثرية مما استأجرها به في اتحاد الجنس ، لعدم صدق الاكثرية حقيقة في المختلف ، ومن هنا قيّد في المقنعة والانتصار الاكثرية فيه بالقيمة .

نعم الحاق الرّحا بها كما هو ظاهر الحرّ في الوسائل لا يخلو من منع ، إذ لم نعثر له على نصّ صالح للاخراج به عما يقتضي الجواز ، سوى خبر أبي بصير [1] قال أبو عبدالله عليه السلام : « إنّي لأكره أن استأجر رحا وحدها ثم أواجرها بأكثر ممّا استأجرتها به ، إلاّ أن تحدث فيها حدثا أو تغرم فيها غرامة » وهو لضعف سنده وقصور دلالته غير صالح للخروج به عمّا يقتضي الجواز .

وكذا الحاق السفينة للخبر [2] القاصر سنداً ودلالة أيضاً « لا بأس أن يستأجر الرجل الدار أو الارض أو السفينة ثمّ يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح شيئاً » ضرورة أعميّة ثبوت البأس من الحرمة .

وبذلك كلّه ظهر لك قوة القول بالتفصيل المزبور ، وهو الحرمة في البيت والدار والحانوت والأجير لتصريح النصوص السابقة بالفرق بين الأرض وبينها .

ولعلّ مراد المصنف بالخان ، الحانوت ، فإنه أحد معانيه كما صرّح به في القاموس . فيكون حينئذ موافقا لما ذكرنا من المنع في المذكورات ، خلافاً لجماعة من القدماء منهم المرتضى والحلبي في ظاهر الانتصار والغنية ، والشيخان وابن الجنيد والصدوق وابن البرّاج وسلاّر فيما حكاه في المختلف عنهم .

وإن كان فيه ما فيه ، كما لا يخفى على المتتبع ، فلم يفرقوا في المنع بين

---

(١) (٢) الوسائل الباب -٢٢- من أبواب أحكام الاجارة الحديث ٥-٢ .

المذكورات و غيرها من الأعيان المستأجرة ، و لجماعة من المتأخرين بل نسب إلى أكثرعلمائنا ، فلم يفرقوا فيالجواز بين الجميع ، لكن على كراهية واختاره العلامة في المختلف حاكيا له عن والده ، والديلمي في رسالته ، والمفيد وإن كنا لم نتحققه ، إذ الموجود في المقنعة ما عرفت ، والكركي وثاني الشهيدين وغيرهم إلاّ مع الاستثنائين .

نعم عن ابن الجنيد تقييد ذلك بما إذا كان مال الإجارة ربويا ، ولعلّه مراد غيره أيضاً ، كما أنّه حكى فيه عن ابن البراج قولا آخر في الكامل ، قال : « ومن استأجر الأرض بعين أو ورق وأراد أن يوجرها بأكثر من ذلك فعلى قسمين : إمّا أن يكون قد أحدث فيها شيئاً جاز ، وإن لم يكن أحدث لم يجز ، لأنّ الذّهب والفضّة مضمونان .

وإن كان استأجرها بغير العين والورق من حنطة أو شعير أو غير ذلك جاز أن يؤاجرها بأكثرمن ذلك اذا اختلفالنوع ، وهو ظاهر ، في عدم الجواز مع اختلاف النوع في الورق ، نحو ما سمعته من المفيد في الكراهة .

ومن الغريب بعد ذلك ما في المسالك في شرح عبارة المصنف هنا ، فإنه بعدأن ذكرها قال : « هذا قول أكثر الأصحاب استناداً إلى روايات حملها على الكراهة طريق جمع بينها وبين غيرها ، وفي بعضها تصريح بها ، والأقوى الجواز في الجميع إذ قد عرفت أنّ التفصيل ليس قول أكثر الأصحاب كما أنك قد عرفت عدم المعارض لنصوص الحرمة في المذكورات أصلا ، فضلا عن الصريح في الكراهة ، وخبرالرّحى مع اختصاصه فيها قد عرفت الحال فيه كحسن الحلبي في الدار .

نعم ما ذكره لا يخلو من وجه كذلك بالنسبة إلى الارض ، فإنّ النصوص قد تعارضت فيها ، فيرجح ما دلّ على الجواز فيها سنداً ودلالة ، ويحمل المعارض على الكراهة ، خصوصاً مع عدم كمال ظهور بعضه في الحرمة ، فضلاً عن الصراحة .

ودعوى ـ اقتضاء ثبوت ذلك فيها الثبوت فيغيرها لعدم القول بالفصل ، ولإرادة

المثال فيها ـ واضحة الفساد بوجود المفصّل ، كما عرفت ، وبعدم إمكان إرادة المثال بعد التصريح في النصوص بالفرق بينها ، وبين المذكورات كما سمعت ، فلا ريب في ضعف التعميم المزبور .

بل قيل : إنه كذلك بالنسبة إلى المنع أيضاً ، لعدم ما يصلح للخروج به عمّا يقتضي الجواز من الاطلاقات ، والعمومات عدا إجماع الانتصار والغنية ، وهو ـ مع عدم صراحة الأوّل منهما في ذلك بل ولا ظهوره كما لا يخفى على من لاحظه ـ موهون بمصير من عرفت : من القائل بالجواز مطلقا ، أو في الجملة إلى خلافه ، ومعارض بنصوص الأرض والرّحى ، ونحوها ممّا هو أقوى منه من وجوه .

منها : الاعتضاد بالاطلاقات والعمومات ، وعدا دعوى المثالية في نصوص المنع في المذكورات ، وهي أوضح من الاولى فساداً ، بعد تصريح النصوص بالفرق بينها وبين الارض ، وهو مناف لذلك إلا إذا أريد حينئذ شدة الكراهة ونحوها ، ممّا هو خروج عن ظاهر الدليل بلا مقتض ، وعدا دعوى أنّه ربا ، فيشمله ما دلّ على حرمته من الكتاب والسنّة .

وفيها أنه لا ريب في عدم كونه من الرّبا المعروف الذي هو القرض الذي يجرّ نفعاً ، أو البيع أو مطلق المعاوضة على المكيل والموزون المتّحد الجنس بأزيد منه ، ضرورة كون المقام ليس منه ، ولا دليل معتدّ به كما عرفت على حرمة الزيادة مطلقا حتى يكون قسماً ثالثاً ، بناء على أنّ الرّبا كلّ زيادة محرّمة .

نعم يتجه بناء على ذلك كونه رباً في خصوص المذكورات ، لما سمعته من الدليل على حرمة الزيادة فيها ، فتزداد حينئذ أدلّة الحرمة فيها ، بل الظاهر عدم الفرق في ذلك حينئذ بين ربوية رأس مال الاجارة وعدمها ، لاطلاق الأدلّة ، فما عن ابن الجنيد من اعتبار ذلك في الحرمة لا دليل عليه ، هذا .

ولكن قد يستدل للتعميم المزبور بخبر الحلبي [1] « قلت لأبي عبدالله عليه‌السلام أتقبل الأرض بالثلث والربع فأُقبّلها بالنصف قال : لا بأس به ، قلت : فأتقبلها بألف

(١) الوسائل الباب ـ ٢١ من أبواب أحكام الاجارة الحديث ١ ـ ٢ ـ ٦ .

درهم فأقبّلها بألفين ، قال : لا يجوز ، قلت : لم ؟ قال : لأنّ هذا مضمون وذلك غير مضمون » .

وخبر اسحاق بن عمّار[1] عن أبي‌عبدالله عليه‌السلام « إذا تقبلت أرضاً بذهب أوفضّة فلا تقبّلها بأكثر ممّا تقبلتها به ، وإن تقبلتها بالنصف والثلث فلك أن تقبلها بأكثر مما تقبلتها به ، لأنّ الذهب والفضة مضمونان » .

ونحوه خبر أبي بصير[2] المروي في الفقيه لكن فيه مصمتان بالصاد المهملة بدل مضمونان ، ولعلّ المراد واحد ، بعد ظهور التعليل في الأعم إذ أحسن شيء يقال فيها: أنّ المراد الفرق بين المزارعة والاجارة ، وكنّى عن الثانية بالضمان ، باعتبار وجوب الأجرة فيها على كلّ حال ، بخلاف المزارعة ، فإنّ أجرتها غير مضمونة ، ومن هنا جاز فيها الأكثر ، سواء كانت مأخوذة بالاجارة أو المزارعة ، بخلاف الاجارة ، فلا يكون حينئذ للذهب والفضّة خصوصية .

ومنه يعلم أنه لا وجه للاستدلال بها على ما سمعته من المفيد ، وكامل ابن البراج نعم هي على هذا التقدير تكون دالّة على المنع في الأرض ، إلّا أنها لمعارضتها بما عرفت تحمل على الكراهة .

ولا ينافي ذلك ثبوت الكراهة في المزارعة أيضاً لو قلنا بها ، لخبر الهاشمي[3] عن أبي‌عبدالله عليه‌السلام « سألته عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسمّاة أو بطعام مسمّى ، ثمّ آجرها وشرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقلّ من ذلك أو أكثر ، وله في الأرض بعد ذلك فضل أيصلح له ذلك ، قال : نعم إذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئاً يعينهم بذلك فله ذلك .

قال : وسألته عن الرجل استأجر أرضاً من أرض الخراج بدراهم مسمّاة أو بطعام معلوم فيواجرها قطعة قطعة أوجريباً جريباً بشيء معلوم فيكون له فضل فيما استأجر من السلطان ، ولا ينفق شيئاً أويواجر تلك الارض قطعاً على أن يعطيهم البذر والنفقة

(١ـ٣) الوسائل الباب ـ ٢١ ـ من أبواب أحكام الاجارة الحديث ـ ٢ـ٦ـ٣ .

فيكون له في ذلك فضل في إجارته ، وله تربة الأرض أوليست له ؟ فقال : إذا استأجرت أرضا فأنفقت فيها شيئاً أو رممت فيها فلا بأس بما ذكرت » .

إذ يمكن الجمع حينئذٍ بالحمل على شدّة الكراهة في الإجارة دون المزارعة ولعلّه أولى من الجمع بحمل الاجارة في نصوص الجواز على المزارعة ، فيبقى مادلّ على المنع من هذه الروايات وغيرها بلا معارض .

ولا ينافي ذلك التصريح بالفرق بينها وبين البيت والأجير ، ضرورة كون وجهه حينئذٍ واضحاً باعتبار عدم المزارعة فيهما دونها ، وإن كان يؤيده ما عرفت سابقاً من الاجماع المحكي المعتضد بالمحكي من فتوى الأكثر ، وكثرة السؤال والجواب في النصوص عن ذلك ، فيما لو آجر بعض العين بأكثر من الاجرة وبالمساوي ونحو ذلك ممّا يستشعر من المذاق فيها حكم ما نحن فيه ، وغير ذلك .

إلّا أنها لعدم ظهورها في إرادة الاجارة من الضمان ، فضلا عن المصمت ، بل أقصاه أنه احتمال أقرب من احتمال إرادة بيان الفساد من الضمان ، باعتبار كونه إجارة بالاكثر ، أو باعتبار إرادة المزارعة بالدّراهم لا بالحصّة المشاعة ، أو نحو ذلك لا ينبغي أن يجسر بها على مخالفة الأصل بل الاصول ، وعلى تعيين إرادة المزارعة من الاجارة في نصوص الجواز ، ومن هنا كان الحمل على الكراهة أولى .

وأمّا احتمال تقييد نصوص الجواز بنصوص الاحداث أو بنصوص إجارة البعض بأكثر الاجارة ، كما في المختلف فواضح الفساد ، خصوصاً الثاني منهما بل الاول ، ضرورة منافاة النص على الفرق بينها وبين البيت لذلك ، كما هو ظاهر .

ومن ذلك كله ظهر لك تمام الاقوال في المسألة ، ومستند كلّ واحد منها وبطلانه هذا كلّه فيما لو آجر تمام العين بأزيد من الاجرة .

﴿ وكذا لو سكن بعض الملك ، لم يجز له أن يؤجر الباقي بزيادة على الاجرة والجنس واحد ﴾ إذ هو مع أنه مشمول لأدلّة المنع يستفاد حكمه من خبر أبي الربيع الآتي ، ومن الاوّل بالاولى وهو واضح .

نعم لا إشكال كما لا خلاف نصّاً ﴿ و ﴾ فتوى في أنه ﴿ يجوز ﴾ إجارة

البعض المزبور وإن قلّ ﴿ بأكثرها ﴾ أي الأجرة مع اتحاد الجنس ، فضلاً عن اختلافه .

إنما الكلام في المساوي ، والاقوى الجواز للاصل بل الاصول ، وقول الصادق عليه السلام في خبر أبي الربيع[1] المروي في الفقيه « ولو أنّ رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم فسكن ثلثيها وآجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس ولكن لا يؤاجرها بأكثر مما استأجرها » خلافاً للمحكي عن الشيخ من المنع ، لكونه ربا .

ولمضمر سماعة [2] المشتمل على بيع المرعى بأزيد مما اشتراه أو بالمساوي ، بناء على إرادة الاجارة من البيع فيه ، ولما يشعر به خبر عليّ بن جعفر[3] وغيره مما اشتمل على السؤال عن ذكر الاجارة بالانقص ، ولو قليلاً مما يظهر أنه منتهى الجواز وربّما كان ذلك هو الظاهر من عبارة المتن وما شابهها .

لكن لا يخفى عليك عدم صلاحية معارضة مثله للنص المزبور المعتضد بما عرفت، كسابقه الذى من المأوّل الذي لا يكون حجّة مع عدم القرينة الصارفة و المعينة ، وأمّا الرّبا فقد عرفت أنه غير الرّبا المتعارف ، فيقتصر فيه على محلّ النص ، ولاريب في عدم شموله للفرض ، ضرورة عدم صدق إجارة الأرض بالأزيد ، الظاهر في كون الأجرة الثانية أزيد من الأولى ، وليس ما بقي في يده منها قطعاً كما هو واضح هذا .

و ظاهر الأصحاب اختصاص الحكم المزبور في الاجارة في الأصل و في الآخر أمّا لو كان في الصلح أو الشرط مثلاً فيهما أو في أحدهما ، لا طلاق الأدلة وهو جيّد إن كان إجماعاً، و إلاّ كان مشكلاً بإطلاق حرمة الفضل في البيت والحانوت والأجير مما ذكر في وجه الفرق بين الأرض و غيرها ، فلاحظ و تأمل والله العالم .

﴿ ولو استأجره ليحمل له متاعاً إلى موضع معين بأجرة ﴾ معينة و اشترط عليه وصوله ﴿ في وقت معين ، فإن قصّر عنه نقص عن أجرته شيئاً ﴾ معيّناً ﴿ جاز ﴾ وفاقاً للأكثر نقلاً و تحصيلاً ، بل المشهور كذلك للأصل ، و قاعدة « المؤمنون

(١و٢و٣) الوسائل الباب - ٢٢ من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ٣ - لكن عن الحلبى - و٦ و ٨ .

عند شروطهم » .

و الصحيح أو الموثق أوالخبر المنجبر بما عرفت عن محمد الحلبي[1] قال : كنت قاعداً عندقاض من القضاة و عنده أبو جعفر عليه السلام جالس فأتاه رجلان فقال أحدهما : إني تكاريت ابل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن و اشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا و كذا لأنها سوق أتخوف أن يفوتني فان احتبست عن ذلك حططت من الكرى لكل يوم احتبسته كذا و كذا ، و إنه حبسني عن ذلك الوقت كذا و كذا يوماً ، فقال القاضي : هذا شرط فاسدوفّه كراه فلما قام الرجل أقبل إلي أبوجعفر عليه السلام فقال : شرط هذا جايز مالم يحط بجميع كراه » .

قيل : و لصحيح ابن مسلم[2] قال : « سمعت أباجعفر عليه السلام يقول : إني كنت عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما : إني اكتريت هذا يوافي بي السّوق يوم كذا و كذا ، و إنّه لم يفعل ، قال : فقال ليس له كرا . قال : فدعوته و قلت : يا عبدالله ليس لك أن تذهب بحقه ، وقلت للآخر : ليس لك أن تأخذ كلّ الذي عليه اصطلحا فتراداّ بينكما » .

و فيه أنه غير محلّ الفرض الذي قد عرفت اشتراط النقصان فيه إن لم يوصله فيه ، و ليس فيه تعرض لما عدا اليوم المعين بالأجرة ولا لغيرها ، بل ليس في كلام الإمام أن اللازم في غيره أجرة المثل ولا غيرها .

بل في حواشي ثاني الشهيدين على روضته أن ماتضمنه الخبر من الحكم مخالف للقواعد الشرعية ، لأن اللازم من تعيينه اليوم المعين و السكوت عن غيره أنه لايستحق في غيره الاجرة ، كما قال ذلك القاضي إلاّ بفرض اطلاعه عليه السلام على مايوجب بطلان الإجارة فحكم عليهما بالاصطلاح ، لأن الثابت أجرة المثل ، وهي خارجة عن المعيّن كما أشار إليه في كلامه .

و إن كان قد يدفع بمنع اقتضاء ذلك عدم الأجرة مطلقاً حتى على نقله له في

(١) الوسائل الباب ــ١٣ــ من أبواب أحكام الاجارة الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب ــ١٣ــ من ابواب أحكام الاجارة الحديث ١ .

بعض مدّة التعيين الذي بمقتضى عقد الاجارة ، و الفرق بينه و بين الجعالة يستحق التقسيط ، كما أنه يمكن منعه أيضاً فيما لو أخذ التعيين شرطاً لا مشخّصاً على وجه يكون المراد نقل اليوم المخصوص ، نحو الاستيجار مثلاً على صوم أوّل يوم من رجب ، فصام ثانيه ، بل المتّجه فيه مع فسخ العقد ـ لعدم الوفاء بالشرط ـ الرجوع إلى أجرة المثل ، و إلاّ فالمسمّى .

لكن الظاهر حمل الخبر المزبور على التقسيط ، و رواه في الفقيه [1] صريحاً في غير الفرض ، « قال : سمعت أباجعفر عليه‌السلام يقول : اني كنت عندقاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما : انّي اكتريت من هذا دابة ليبلّغني عليها موضع كذا و كذا فلم يبلّغني الموضع فقال القاضي لصاحب الدّابة : بلّغته إلى الموضع ؟ قال : لا ، قدأعيت دابتي فلم يبلغ ، فقال القاضي ليس لك كرى إن لم تبلغه إلى الموضع الذي اكترى دابتك إليه، قال: فدعوتهما إلي وقلت للذى اكترى : ليس لك ياعبدالله أن تذهب بكرى دابّة الرجل كلّه ، وقلت للآخر : ليس لك أن تأخذ كرى دابتك كلّه ، ولكن انظر قدر مابقي من الموضع و قدر ما ركبته ، فاصطلحا عليه ، ففعلا » و هو صريح في غير ما نحن فيه .

نعم ربما أيّد بصحيح أبي حمزة [2] عن أبي جعفر عليه‌السلام قال : سألته عن الرجل يكترى الدابّة فيقول : اكتريتها منك إلى مكان كذا و كذا فإن جاوزته فلك كذا و كذا زيادة و يسمّي ذلك قال : لا بأس به كله » بناء على كون المراد منه انه اشترط عليه في متن العقد ذلك ، لا أنّه إجارة معلّقة ، فيكون حينئذ كاشتراط النقصان في الخبر المزبور ، إلاّ أنه كما ترى ، و كيف كان فالعمدة الموثق المذكور معتضداً بما عرفت .

لكن قد أشكل ذلك بالتعليق و الجهالة و الابهام ، و أنّه كالبيع بثمنين نقداً و نسيئة مثلاً ، و من هنا كان خيرة المحقق الثاني و غيره من المتأخرين البطلان في

(١) الوسائل الباب ـ١٢ـ من ابواب احكام الاجارة الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ـ٨ـ من ابواب احكام الاجارة الحديث ١ .

ذلك ، و طرح الخبر أو حمله على الجعالة أو نحو ذلك .

و هو ـ مع أنه كالاجتهاد في مقابلة النص الذي لايقبل الحمل على الجهالة ولو لفهم المعظم منه الاجارة ـ مدفوع بمنع التعليق في العقد ، اذ ليس المراد منه الاجارة بالمقدار الناقص لو نقص ، كي يكون معلقاً ، بل أقصاه التعليق في الشرط و هو النقص من الأجرة ، ولا دليل على بطلانه فيه ، إذا لم يرجع إلى التعليق في نفس العقد .

بل قد يظهر من كلامهم في تعليق اشتراط الخيار على رد الثمن أن الصحة فيه على مقتضى عموم « المؤمنون عند شروطهم » كما أن مقتضاه أيضاً عدم قدح مثل هذه الجهالة في الشرائط التي يغتفر فيها من ذلك مالا يغتفر في غيرها ، وليست راجعة إلى أحد العوضين .

و من ذلك يعلم أنه ليس كالبيع بثمنين ، ضرورة أن المشابه له الاجارة على تقديرين ، نحو إن خطته رومياً فلك درهم ، و فارسياً نصفه ، و ليس ذلك كذلك ، كما صرح به في المختلف ، و لذا صرح بالصحة في الفرض من لم يقل بها في نحو المثال المزبور ، ضرورة كون المستأجر عليه فيما نحن فيه معيناً ، و إنما اشترط عليه ذلك على تقدير المخالفة مثلاً ، فيصح حينئذ حتى لو نقص ما اشترط مما يقتضيه التقسيط لولم يشترط ، لعموم « المؤمنون » و إطلاق الموثق المعتضد بفتوى المعظم .

ولا ينافيه مافي الدعائم [1] عن الصادق عليه‌السلام « أنه سئل عن الرجل يكترى الدابة أو السفينة على أن يوصله إلى مكان كذا يوم كذا ، فان لم يوصله يوم ذلك كان الكرى دون ما عقده ، قال : الكرى على هذا فاسد ، و على المكتري أجر مثل حمله » بعد ظهوره في جهالة المسمى على تقدير عدم الايصال فيتجه البطلان الموجب لأجرة المثل، هذا كله إن اشترط النقصان.

﴿و﴾ أما ﴿ لو شرط سقوط الأجرة إن لم يوصله فيه لم يجز ﴾ وفاقاً

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٩ .

للمشهور نقلاً و تحصيلاً ، لكونه شرطاً منافيا لمقتضى الإجارة ، إذ مرجعه إلى استحقاق ذلك العمل عليه بعقد الإجارة بلا أجرة ، فيكون نحو قولك آجرتك بلا أجرة ، و بفساده يفسد العقد ، كما هو الأصح ، و إليه أشار أبوجعفر عليه السلام في خبر الحلبي المتقدم بقوله «شرط هذا جايز مالم يحط بجميع كراه» *(وكان له)* حينئذ *(أجرة المثل)* لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده .

لكن في اللمعة فيه نظر لأن قضيّة كلّ إجارة المنع من نقيضها ، فيكون قدشرط قضيّة العقد ، فلم تبطل الإجارة ، غاية مافي الباب أنه إذا أخلّ بالمشروط و هو نقله في اليوم المعين يكون البطلان منسوباً إلى الأجير ، حيث فوّت الزمان المعين ، ولم يفعل فيه ما شرط عليه ، فلا يستحق شيئاً ، لأنه لم يفعل ما استوجر عليه ، ولا يكون البطلان حاصلاً من جهة العقد .

فلا وجه للحكم ببطلان الإجارة على هذا التقدير، واثبات أجرة المثل ، بل اللازم عدم ثبوت شيء و ان نقل المتاع الى المكان المعين في غير الزّمان ، لأنه فعل مالم يؤمر به ، ولا استوجر عليه ، فالشرط المزبور حينئذ مؤكد لمقتضى العقد ، لا مناف له .

و فيالروضة « و هذا النظر ممّا لم يتعرض له أحد من الأصحاب ، ولا ذكره المصنف في غير هذا الكتاب ، و هو متوجّه ، الاّ أنه لا يتم الا اذا فرض كون مورد الإجارة هو الفعل في الزمان المعيّن ، وما خرج عنه خارج عنها ، و ظاهر الرواية و كلام الأصحاب أنّ مورد الإجارة كلا القسمين ، و من ثمّ حكموا بصحتها مع اثبات الأجرة على كلا التقديرين ، نظرا إلى حصول المقتضي و هو الاجارة المعينة المشتملة على الأجرة المعينة ، و إن تعدّدت و اختلفت لانحصارها و تعيّنها كما تقدم ، و بطلانها على التقدير الآخر .

ولو فرض كون مورد الإجارة هو القسم الأوّل خاصّة وهو النقل فيالزّمن المعيّن لكان الحكم بالبطلان ـ علىتقدير فرض أجرة مع نقله فيغيره ـ أولى لأنه خلاف قضية الإجارة ، و خلاف ما تعلقت به ، فكان أولى بثبوت أجرة المثل و جعل

القسمين متعلقها ـ على تقدير ذكر الأجرة ، و الأوّل خاصّة على تقدير عدمه في الثاني مع كونه خلاف الظاهر ـ موجب لاختلاف الفرض بغير دليل .

و يمكن الفرق بكون تعيّن الأجرة على التقديرين قرينة جعلهما مورد الإجارة حيث أتى بلازمها ، و هو الأجرة فيهما ، واسقاطها في التقدير الآخر قرينة عدم جعلها مورداً من حيث نفي اللاّزم الدال على نفي الملزوم ، وحينئذٍ تنزيله على شرط قضيّة العقد أولى من جعله أجنبيّاً مفسداً للعقد بتخلله بين الإيجاب والقبول».

قلت : قد عرفت أن ظاهر الرواية و كلام الأصحاب عدم التعدّد في مورد الإجارة ، و أنّ ذلك إنّما ذكر على جهة الشرطية التي لا يقتضي التعدد ، و إلاّ لما صحّ لهم الحكم بالصّحة مستندين فيها إلى عموم [1] «المؤمنون» و نحوه .

نعم قد يدفع النظر المزبور بمنع اقتضاء تعيين زمان الإيصال في الفرض المزبور على جهة الشرطية ، عدم الأجرة على مطلق النقل لو لم يوصله فيه ، و لذا خالف أبوجعفر عليه السلام ما ذكره القاضي بقوله « ليس له كرى » في صحيح ابن مسلم على ما رواه عنه في الكافي ، و إنما يسلم ذلك فيما لو كان الزمان مشخّصاً للعمل المستأجر عليه على وجه يكون كصوم أوّل يوم رجب مثلاً .

أمّا في الفرض الذى قد استوجر فيه على النقل إلى ذلك المكان ، إلاّ أنه اشترط عليه الوصول في زمان معين فلا ، و إنّما المتجه فيه اجراء حكم غيره من الشرايط إذا لم يف بها من اشترط عليه ، من التسلط على الفسخ ، و الرّجوع إلى أجرة المثل ، أو الإلتزام بالمسمّى كما أنّ المتجه التقسيط فيما لو استأجره على النقل إلى مكان معيّن فحمله إلى نصف الطريق ولم يوصله ، كما هو واضح والله هو العالم .

﴿ و إذا قال : آجرتك كل شهر بكذا ، صحّ في شهر ، و له في الزّايد أجرة المثل إن سكن ﴾ كما في المقنعة و النهاية مصرّحاً في أوّلهما بما إذا لم يعين ابتداء المدّة ولا آخرها . فضلاً عمّا يعين فيه ذلك ، و لعلّه مقتضى إطلاق المتن و غيره ،

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ـ من ابواب المهور الحديث ٢ .

اللّهم إلاّ أن ينزّل على إرادة الإطلاق المنزل على الاتصال بزمان العقد .

﴿ وقيل : ﴾ و القائل جماعة بل لعلّه المشهور بين المتأخرين ﴿تبطل﴾ مطلقا حتى لو صرّح بالاتصال فضلاً عن الأطلاق ، ﴿ لتجهل الأجرة ﴾ بتجهل المنفعة المستحقة ، فيبطل العقد بالنّسبة إلى جميع مورده من غير فرق بين الشهر و غيره .

﴿ و الاوّل أشبه ﴾ عند المصنف و أصول المذهب و قواعده التي منها « اوفوا بالعقود » [1] و اطلاقات الاجارة و صدق المعلومية عرفاً بالنسبة إلى الشهر ، وفحوى صحيح أبي حمزة وغير ذلك ، ولكن مع ذلك فالثاني هو الأقوى ، ولو مع فرض اتصال الشهر ، للجهالة المزبورة التي ينقطع بها الاطلاق المزبور و نحوه .

و دعوى ـ كون المراد من ذلك عرفاً هذا الشهر بدرهم ، و كلّ شهر تسكنه كذلك ، فلا جهالة فيه حينئذ بالنسبة إلى الشهر يدفعها ـ بعد التسليم تنزيل مثل هذا الأطلاق على الاتصال المقتضي لذلك ـ أنّ أدلة الجهالة تقضي بفساد العقد بمجرد الجهالة في مورده ، ولو في الجملة ، وليست هي كضمّ غير المملوك إلى المملوك يصح في أحدهما و يبطل في الآخر ، كما أوضحناه في محلّه ، و صحيح أبي حمزة ـ مع أنه في الشرط الذي يمكن دعوى الاغتفار فيه مالا يغتفر في العقد ـ محتمل لإرادة اشتراط مقدار الغرامة لو تعدى وتجاوز ، لما هو متعارف في التأكيد على عدم التجاوز عن المكان المعين ، لا أنّه إجارة على هذا التقدير .

و أوضح من ذلك فساداً مافي الغنية من دعوى صحّة العقد في غير الشهر أيضاً ، نحو ما عن الشيخ و ابن الجنيد ، لكن قال فيها « يستحق الأجرة للزمان المذكور ، بالدخول فيه ، ويجوز الفسخ بخروجه مالم يدخل في الثاني ، إذ هو مع مافيه مشتمل على الابهام باعتبار عدم علم منتهى المدّة ، و شبه التعليق باعتبار عدم علم السُكنى و غير ذلك .

هذا كلّه فيما ذكره من فرض الاجارة ، أمّا لو فرض بوجه يكون كالجعالة بأن يقول السّاكن مثلاً «جعلت لك على كل شهر أسكنه درهما» لم يبعد الصحة ،

---

(١) سورة المائدة الاية ١ .

لعدم اعتبار العلم فيها أزيد من ذلك ، كما أنه لم يبعد الصحة لو جعل من قبيل الاباحات بأعواض معلومة ، تلزم بالتلف كما في نظاير ذلك من الأعيان و المنافع والله اعلم .

﴿ تفريعان ﴾

﴿ الأوّل : لو قال : ان خطته فارسياً ﴾ أي بدرز ﴿ فلك درهم ، و ان خطته رومياً ﴾ أي بدرزين ﴿ فلك درهمان صح ﴾ جعالة لاطلاق أدلّتها المقتضي لاغتفار مثل هذه الجهالة و الابهام فيها ، خلافا للفاضل في المختلف ، فأبطلها لتطرق الجهالة في الجعل ، فيجب أجرة المثل و فيه منع ، كما تعرفه في محله انشاء الله .

نعم الظاهر البطلان اجارة كما اختاره جماعة منهم ابن ادريس على ماحكي عنه ، للابهام المنافي للملكية في المعاوضات ، و خبر الحلبي قدعرفت أنه لايدلّ على مثل ذلك ، لكن في اللّمعة و محكي المبسوط و غيرها الصّحة في ذلك و في الفرع :

﴿ الثّاني ﴾ أيضاً ، و هو ما ﴿ لو قال : ان عملت هذا العمل في اليوم فلك درهمان ، و في غد درهم ﴾ و ان قال المصنف هنا ﴿ فيه تردد ﴾ ولكن ﴿أظهره﴾ عنده و عندهم ﴿الجواز﴾ لصدق المعلومية و لآية[1] موسى عليه السلام و خبر الحلبي[2] و صحيح أبي حمزة[3] المتقدمين سابقاً ، و فيه منع صدقها على وجه ترتفع الابهام المنافي للملكية المعاوضة ، و آية موسى عليه السلام ظاهرة في كون الثاني احساناً لا اجارة ، كما يقضي به « فمن عندك » ولا ينافيه قوله « أيّما الأجلين » ولو بقرينة ذكره ذلك في الاجارة ، بعد ارادة الأجل الاجاري و الوعدي ، و خبر الحلبي و الصحيح المتقدم قد عرفت عدم دلالتهما على جواز مثل هذا الابهام .

وما عساه يظهر من المصنف هنا ـ كالمحكي عن المبسوط و التحرير والكفاية

---

(١) سورة القصص الاية ٢٨ .

(٢) الوسائل الباب ـ١٢ـ من ابواب أحكام الاجارة الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب ـ٨ـ من ابواب احكام الاجارة الحديث ١ .

من الفرق في الجملة بين المثالين ـ في غير محلّه ، ضرورة اشتراكهما معاً في الإبهام المزبور ، و دعوى أقربية الثاني الى المنصوص من الأوّل كما ترى ، كما أنه لا فرق على الظاهر بين قول « آجرتك كلّ شهر بدرهم » و قول آجرتك شهراً بدرهم فإن زاد فبحسابه .

خلافاً للفاضل في القواعد فحكم بالبطلان في الاوّل ، و الرّجوع الى أجرة المثل ، و الصّحة في الشهر في الأخير ، و البطلان في الزايد .

و فيه : أنه مناف لقاعدة اقتضاء بطلان الشرط بطلان العقد ، كما أوضحناه في كتاب البيع ، فمعلومية الشهر و الدرهم لا تجدي في الصحة حينئذ ، فضلاً عمّا لو لم يكن الشهر معلوماً ، لعدم ارادة المتّصل منه كما هو واضح ، و كأنّ الوجه ـ للقول بالصحة في نحو هذه الأمثلة مع معلومية منافاة مافيها من التعليق والجهالة ـ الالحاق بمافي موثق الحلبي و صحيح أبي حمزة و غيرهما ، سواء كان موافقاً للضوابط أولا .

ولكن لا يخفى عليك ما فيه من عدم الإنطباق أوّلا ، و عدم جواز القياس عندنا ثانياً ، بناء على كونه مخالفاً للقواعد التي تجب الإقتصار على ما يخالفها بالخصوص كما هو واضح .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿يستحق الأجير الأجرة بنفس العمل سواء كان في ملكه﴾ كالثوب يخيطه في بيته ﴿ ام ملك المستأجر ، و منهم من فرق ﴾ بين الحالين و هو الشيخ في المبسوط قال فيما حكي عنه في أثناء كلام له في مسألة التلف : « ان كان العمل في ملك الصانع لا يستحق الأجرة حتى يسلم ، و ان كان في ملك المستأجر استحقّ الأجرة بنفس العمل » و لعلّه لأنّه في الثاني يسلم بخلاف الأوّل ، قيل : و فيه منع صدق التسليم عليه قبل أن يصيرفي يد المستأجر وستعرف ما فيه .

و على كل حال فالظاهر ارادته الفرق بذلك من حيث التسليم ، لا الملك الذي لاخلاف ظاهراً بحصوله بالعقد ، بل عن بعضهم دعوى الاجماع عليه ، بل يمكن تحصيله، مضافاً الى أنه مقتضى العقد ، و الأصل عدم اشتراطه بأمر آخر من التسليم و غيره ،

انما الكلام في استحقاق التسليم على أحدهما أوّلاً و عدمه ، وقد تقدم في كتاب البيع تحقيق الحال في ذلك . وأنه يجب على كل منهما التسليم للامر بالوفاء وغيره ، فإذا تعاسرا أجبرا معاً على التقابض .

أمّا لو بذل أحدهما و امتنع الآخر ولم يمكن جبره كان للباذل الحبس حتى يدفع اليه العوض ، قضاءً لحق المعاوضة التي بني العقد عليها ، كما اشبعنا الكلام فيه سابقاً ، ولا فرق بينه و بين المقام الذي هو أحد المعاوضات .

نعم قد يشكل الحال في خصوص الإجارة على الأعمال منه ، باعتبار عدم تصوّر التقابض فيه، لكون العمل تدريجيّاً ، والظاهر الإجماع على عدم استحقاق الأجير تسلم الأجرة قبل العمل مالم يشترط ، أو تكون عادة على وجه تقوم مقام الإشتراط ، بل عن بعضهم دعواه عليه ، فضلا عن نفي الخلاف من آخر ، لما فيه من منافاة مقتضى المعاوضة ، و الضّرر على المستأجر ، و غير ذلك مما يعلم منه انتفاء احتمال وجوب ذلك ، تمسكاً بمقتضى الملكية التي فرض حصولها بالعقد .

و بأنه مقتضى الأمر بالوفاء ، الظاهر في أن كلّ شيء بحسب حاله بالنسبة الى ذلك ، ضرورة أنك قد عرفت تحكيم مقتضى المعاوضة ، و بناؤها على مقتضى الملكية المزبورة ، و الأمر بالوفاء إنّما هو بكلّ عقد على حسب مقتضاه ، وقد فرض اقتضاؤه ما عرفت .

و لعله للاجماع المزبور ، و نحوه يفرق بين المقام وبين البيع لو كان الثمن عملا ، الذي قد سلف منا هناك وجوب تسلّم المبيع على البايع قبل العمل على تأمل فيه ، فلاحظ و تدبّر .

كما أنه لاخلاف ولا اشكال في استحقاق تسلّمها بعد العمل الذي يحصل تسلّمه باكماله ،كالصّوم و الصلوة و الحج و الزّيارة ونحوها ، بل الإجماع بقسميه عليه ، فضلا عن النصوص و التي منها الصحيح [1] « لا يجفّ عرقه حتى تعطيه أجرته » بل

---

(١) الوسائل الباب -٤- من ابواب احكام الاجارة الحديث ١-٢ .

الظاهر أنّ منه الاعمال التي تكون في ملك المستأجر، أي فيما في يده كاصلاح جداره في داره و نحوه مما هو في يد المستأجر، وتحت سلطانه، و ان استأجر أجيراً على العمل فيه، و لعلّ هذا هو مراد الشيخ فيما سمعت منه سابقاً، كما يشهد له التقييد بحضور المالك فيما حكاه عنه في التنقيح. و محكى التحرير.

بل وكذا لا اشكال ولاخلاف في استحقاق تسلمها بعد تسليم مافيه أثر العمل من الثوب الذي استوجر على خياطته، و نحوه، مما هو تحت يد الأجير و سلطنته، انّما البحث في وجوب تسليمها في نحو الأجير، بمجرّد اكمال العمل، و الفراغ منه و عدمه، ظاهر المصنف بل صريحه الأوّل، خصوصاً مع قوله بعد ما سمعت.

﴿ ولا يتوقف تسليم أحدهما على الآخر ﴾ بل لعلّه ظاهر غيره أيضاً ممن أطلق استحقاق الأجير أجرته باكمال العمل، ضرورة صدقه في الفرض، لاطلاق الأمر بالوفاء، وقاعدة التسلط، و اطلاق « لايجف عرقه» و بناء المعاوضة على ذلك.

لأنّ المراد من الاجارة فعل الخياطة الذي يتسبب منه حصول صفة المخيطة في الثوب، وقد حصلا معاً، و ليس في يد الأجير الا الثوب الذي هو للمستأجر مع صفته، ولا شيء منهما مورد عقد الاجارة حتى يجري عليه حكم المعاوضة اذ موردها انّما هو العمل الذي تولّد منه الصّفة المزبورة، و ذاك تسليمه ايقاعه، لأن تسليم كلّ شيء بحسب حاله.

ودعوى - أن مورد الاجارة الصفة المزبورة، والفعل إنّما هو مقدّمة لها، فهي حينئذٍ العوض، فلا يجب تسليم الاجرة حينئذٍ إلاّ بتسليمها، كما هو الشأن في البيع وغيره من المعاوضات - يدفعها معلومية كون مورد الاجارة الأعمال، وإنما العقد الموضوع لملك ذلك، والصفة إنّما يملكها صاحب الثوب تبعا للموصوف، لا أنّه يملكها بعقد الاجارة، وعلى هذا فالمتجه فيما لو أتلف الصّانع العين بعد تمام العمل تضمينه إيّاه معمولاً مع دفع الاجرة، لا التخيير بين ذلك، وبين تضمينه إيّاه غير معمول مع عدم دفع الاجرة، كماجزم به في القواعد، ومحكي التذكرة والتحرير وجامع المقاصد، وجعل السرّ فيه في الأخير أنّ أجر العمل لايستقر إلاّ بعد تسليمه

والفرض أنه لم يتسلمه ، فلا تستقر عليه أجرة ، ولأنه ملكه على تلك الصفة ، فملك المطالبة بعوضه كذلك ، فوجبت عليه أجرة العمل ، وهوالمسمى ، ولا خصوص تضمينه إيّاه غير معمول كما عن المبسوط ، لكون الصفة الّتي هي عمل الأجير بمنزلة المبيع وقد تلفت قبل قبضها ، فتذهب من ماله كالمبيع ، فيضمن الثوب غيرمعمول ، ولاتضمينه إيّاه معمولاً بدون دفع اجرة ، لأنه ملكه على تلك الصفة ، وسقوط حق الأجيرمنها باعتبار عدم تسليمها لا يقتضي سقوط حق المالك ، إذ ذلك كلّه مبني على ما عرفت فساده ، بل المتّجه عليه عدم سقوط الأجرة ، أيضاً فيما لو تلفت العين بعد إكمال العمل من غير تفريط ، وإن كان في ملك الأجير لما عرفت .

لكن في القواعد لم يستحق الأجرة على إشكال ، بل المتجه أيضاً ضمانه للعين لو حبسها على تسليم الاجرة ، لعدم جواز الحبس له ، إذ المعاوضة قد تمّت باتمام العمل ، فهو غاصب حينئذٍ ، وبذلك جزم في القواعد ، ولكنه مناف لما سمعته منها وغيره .

قال فيها : « ولا يبرء الأجير من العمل حتى يسلم العين كالخيّاط إن كان العمل في ملكه ، ولا يستحق الأجرة حتى يسلّمه مفروغاً ، فلو تلفت العين من غير تفريط بعد العمل ، لم يستحق أجرة على إشكال ، ولو كان في ملك المستأجر برء بالعمل واستحق الأجرة ، ولو حبس الصانع العين حتى يستوفي الاجرة ضمنها » ، ولقوله في المقام وإن وقعت على عمل ، ملك العامل الأجرة بالعقد ، لكن لا يجب تسليمها إلاّ بعد العمل .

وهل يشترط تسليمه الأقرب ذلك وقد تجشم المحقق الثاني في جمع هذه الكلمات بما لا يرجع إلى أمر يعتمد عليه ، إذ هو كله مبني على ذلك الأصل الّذي قد عرفت الحال فيه ، واحتمال بناء الضمان بالحبس المزبور على عدم جوازه عنده ايضاً ، مناف لما ذكره هو وغيره من بناء اشتراط استحقاق الأجرة على التسليم ، على أنه كباقي المعاوضات التي من أحكامها جواز الحبس بالحبس .

كما ان احتمال ــ بنائه على أن الثوب نفسه ليس من موردالمعاوضة ، وإنما

يحبس مقدمة لحبس الصفة ، فينبغي ضمانه جمعاً بين الحقين ، ولا منافاة حينئذٍ بين الجواز والضمان .

ـ يدفعه أوّلا : أنه ينبغي تخصيص الضمان بالثوب وهو غير معمول ، ضرورة كون حبس الصفة بحق حينئذٍ ، فلا تضمن لو تلفت .

وثانياً : منع الضمان أيضاً للمحبوس مقدمة للحقّ ، فإنّ حبسه حينئذٍ بحقّ أيضاً ، باعتبار توقف حبس الحقّ عليه ، بل الحق فيه ، بل الحبس المفهوم من مقضى المعاوضة لا فرق فيه بين الأمرين كما هو واضح بأدنى تأمّل .

ومن هنا قال الشهيد في المحكي عن حواشيه على القواعد في المقام « إنّ قول المصنف « الاقرب ذلك » مبنيّ على أنّ الصفة تلحق بالأعيان ، وقد تقدم ذكره في الفلس ، بناءً على أنّ المنافع تعدّ أموالاً ، ولهذا يصحّ جعلها عوضاً ومعوّضاً ، كما أنّ المبيع يحبس حتى يتقابضا ، ويسقط الثمن بتلفه قبل قبضه ، فكذلك المنفعة .

وتظهر الثمرة فيجواز حبس الثوب فيسقوط الأجرة بتلفه فعلى ماقربه المصنف له حبسه ، وإن أباه ظاهر كلامه ، ولو تلف سقطت الأجرة على قوله» وهو صريح فيما قلناه .

وكأنه استفاد من قوله « الأقرب تسليمه » وجوب التسليم على العامل أولا ، ولذا قال : إنه يأباه ظاهر كلامه .

لكن فيه أنّ المراد توقف استحقاقه المطالبة بالأجرة على وجه يجب على المستأجر بذلها على تسليم العمل ، و هذا لا ينافي أنّ له الحبس لو لم يبذل المستأجر الأجرة ، ومثله في البيع وباقي المعاوضات ، ومن هنا اعترضه في جامع المقاصد بأنه لا حاجة إلى البناء الّذي ذكره ، لأنّ المعاوضة على المنافع أمر متفق عليه ، ولابدّ في العوضين من التقابض كالبيع .

وأمّا عدّ المنافع أموالاً فالذي يقتضي عدمه فيها ، هو أنه لا وجود لها ، وإنّما هو أمر موجود بالشأن والصلاحية ، ثمّ قوله إنّ ظاهر كلام المصنف يابى

ذلك غير جيّد ، لأن قوله « الأقرب تسليمه » صريح في ذلك ، وليس مقابل الاقرب بمناف له ، لأنّ غرضه الرّد على الشيخ ، فمقابل الأقرب قول الشيخ ، فما ذكره غير واضح .

قلت : الظاهر أن مبنى الصّراحة الّتي ادّعاها هو ما ذكرنا ، لكن قد يرد عليه أنّه لا بد من البناء المزبور ، إذ الاتفاق على المعاوضة على المنافع غير كاف ، ضرورة عدم تصوّر التسليم فيها بغير الإكمال ، بناءً على أنها نفس الاعمال ، وإنّما يتصور التسليم في الصفات الّتي تتولد من الأفعال في الأعيان ، بتسليم العين الموصوفة .

نعم يرد على ذلك ما سمعته سابقاً من كون التحقيق أنّ المملوك بالإجارة والّذي قوبل بالمال الأعمال الّتي يتولد منها الصفات ، لا الصفات والأعمال مقدمة من العامل إلى تحصيلها ، حتى تكون هي العوض والمعوّض ، فيجري عليها حكم التقابض والحبس .

ومن الغريب أن المحقق الثاني أنكر البناء المزبور عليه ، وقرّره هو في تلف العين من العامل بعد العمل من غير تفريط بالنسبة إلى استحقاق الأجرة وعدمها ، فإنه قال أولاً في وجه إشكال الفاضل في ذلك أنه ينشأ من أن الاجارة معاوضة ، وحقّ المعاوضة حصول العوضين معاً للمتعاوضين ، لتحقق كون كل منهما في مقابلة الآخر وقد انتفى ذلك في أحدهما فانتفت المقابلة ، فوجب الإنفساخ لتعذر مقتضى العقد ، ومن أنّ المستأجر عليه وهو العمل قد حصل ، فوجبت الأجرة بفعله ، فإذا تلف بتلف العين بغير تفريط كان تلفه من المالك .

ويضعف بأنّ المستأجر عليه وإن كان العمل ، لكنّه قوبل بالأجرة على طريق المعاوضة ، فما دام لا يتحقق بتسليمه لم يتحقق معنى المعاوضة .

ثمّ قال ثانياً : « وربما بنى ذلك على أنّ القصارة عين أو أثر ، فإن قلنا أنّها عين سقطت أجرته ، كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض ، وإن قلنا هي أثر لم تسقط الأجرة ، وتنقيحه أنّ القصارة إن كانت كالأموال في أنّها تعدّ مالا فالحكم

الاوّل ، وإن كانت لا تعدّ مالاً وإنّما هي صفة فالحكم الثاني ، وقد سبق في الملبس أنّ المنافع تعدّ أموالاً ، ويشهد له أنّها تقابل بالمال ، ويعتبر في صحة المعاملة وجريان المعاوضة عليها كونها متقوّمة في نفسها ، ولا معنى لماليتها إلاّ هذا .

قلت : هو بعينه ما ذكره الشهيد هنا ، لكن قد يقال : إنّه لا مدخلية لذلك فيما نحن فيه ، إذ الكلام في أنّ المقابل بالأجرة والمملوك بعقد الإجارة العمل الّذي ينعدم شيئاً فشيئاً ، أو الصفة الّتي تتولد منه ، فإن كان الأوّل فليس تسليمه إلاّ ايقاعه ، وإن كان الثاني فتسليمه كتسليم المبيع ، ويجري عليه حكمه من الحبس وغيره مما يجري في سائر المعاوضات .

كما أنه قد يناقش فيماذكره أوّلاً بأنّه لا ريب في أنّ انفساخ العقد بالتّلف من غير تفريط مناف لقاعدة اللزوم وغيرها ، وإنّما ثبت ذلك بقوله [1] « كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه » لا أنّه استفيد من قاعدة المعاوضة ، وإلاّ لتعدّى ذلك للصلح ونحوه ، ولمطلق التلف ولو من اجنبي ، وغير ذلك مما هو معلوم عدمه .

والتقابض في المعاوضة إنّما هو مع امكانه بوجود العين ، أمّا مع تلفها فلا ، والفرض أنّها أمانة في يده ، على أنه لو سلّم اقتضاؤها ذلك حتى في صورة التلف كان المتجه ضمانه عليه ، إلى أن يسلّمه ، فيغرم المثل أو القيمة حينئذٍ مع التلف ، ولو بغير تفريط ، لا انفساخ العقد ، فلا ريب في أنّ منشأ ذلك الدليل الخاص الّذي هو غير شامل للمقام قطعاً ، ولا إجماع على المساواة ، فالقاعدة تقتضي حينئذٍ عدم سقوط الأجرة ، للأصل وغيره كما هو واضح .

هذا كلّه بعد العمل أما قبل العمل فقد عرفت الإجماع على عدم استحقاق العامل الأجرة على وجه يجب على المستأجر بذلها له ، وتسليمه إيّاها مع عدم الشرط والعادة ، مضافاً إلى الضرر عليه بتعجيل الأجرة على العمل الّذي لم يعلم حصوله .

---

(١) قاعدة مستفاده من الروايات الوسائل الباب ١٠ - من أبواب الخياروالباب ١٩ من عقد البيع وغيرها .

لكن هل يجب على العامل العمل حينئذ ثم يطالب بالأجرة بعده ، أو أن له الامتناع أيضاً ، لاحتمال الضرر عليه بحصول العمل منه ، وعدم تسلّم الأجرة ، الظاهر الثاني ، ولكن لما لم يمكن التقابض هنا لم يتجه جبر الحاكم لهما عليه جمعاً بين الحقين كما في العينين فيتعين جمعه بينهما بتسلم الأجرة من صاحبها ووضعها في يده أو في يد ثالث حتى يعمل العامل .

وربما كان في خبر الغنوي [1] عن أبي عبدالله عليه السلام إشارة إليه في الجملة « قال سألته عن رجل استأجر أجيراً ولم يأمن أحدهما صاحبه ، ودفع الأجر على يدي رجل وهلك ذلك الرجل ولم يدع وفاء واستهلك ذلك الأجر؟ فقال عليه السلام : المستأجر ضامن لأجر الأجير حتى يقضي ، إلا أن يكون الأجير دعاه إلى ذلك ، فرضي به ، فإن فعل فحقه حيث وضعه ورضي به » باعتبار عدم تعرضه عليه السلام لعدم جواز امتناع الأجير عن العمل ، إذا لم يبذل المستأجر الأجرة ، ولو على يد ثالث .

على أن ذلك مقتضى المعاوضة ، إذ كما أن احتمال الضرر على المستأجر بتعجيل الأجرة لاحتمال عدم حصول العمل ، فكذلك يحتمل أيضاً بتعجيل العامل العمل قبل قبض الأجرة ، لاحتمال عدم حصولها .

ودعوى أن بناء المعاوضة على العمل على ذلك ـ يدفعها وضوح منعها ، بل ليس ذلك أولى من العكس ، ضرورة أن الأجرة قد استحقت بالعقد ، وملكها الأجير به ، ويمكن تسليمها له دفعة ، والعمل تدريجي لايمكن حصوله إلّا بمدة زمان ، كما أن دعوى الإجماع على خروج ذلك عن حكم المعاوضات ـ فيجب على العامل أن يعمل ، ثم بعد ذلك يطالب بالأجرة ، وهو معنى قولهم أن الأجير يستحق الأجرة بعد العمل ـ واضحة المنع ، إذ ليس في كلام الأصحاب مايقتضي اخراج الفرض عن حكم المعاوضة بالنسبة إلى ذلك .

---

(١) الوسائل الباب ـ ٦ من أبواب أحكام الاجارة الحديث ـ ١ .

بل في جامع المقاصد والتنقيح والمسالك والرياض وغيرها ماينافيه ، وأنّ حكمه حكم باقي المعاوضات ، وعليه فرّعوا جواز الحبس وغيره ، وليس ذكرهم للعبارة المزبورة إلا كذلك بالنسبة للعين ، فإنهم قالوا أيضاً لايستحق مؤجرها الأجرة إلا بتسليمها للمستأجر ، وغرضهم من ذلك عدم استحقاق الأجرة قبل العمل الذي لايتصور فيه التقابض على نحو العينين ، وبيان الاستحقاق بالتسليم كما في كلّ معاوضة ، فإنه يجب بذل العوض بعد تسلّم المقابل بلا خلاف ولا إشكال .

ومن هنا لم يفرقوا بين العمل والعين بالنسبة إلى ذلك ، كما في الرياض ناسباً له إليهم ، ولاريب في بقاء حكم المعاوضة بالنسبة إلى الأوّل ، فكذلك بالنسبة إلى الثاني ولم يشر أحد إلى خروج الأعمال عن قاعدة المعاوضات بوجوب تسليم العامل عمله أوّلا ، ثم يطالب بالأجرة ، ومن تأمل كلامهم ولم يكتف بالمنساق في بادي النظر ، علم صحة ماقلناه ، خصوصاً مع عدم الدليل عليه أيضا .

وقوله ﷺ « لايجف عرقه حتى تعطيه أجرته » إنما يدلّ على المبادرة في تسليم الأجرة للعامل ، إذا عمل أولاً ، لاعلى وجوب ذلك عليه مطلقا ، ثم لافرق في جميع ماذكرناه بين الحج وغيره من الأعمال ، إلاّ إذا كانت هناك عادة أو شرط يقتضي تقديم العمل أو الأجرة ، فما عن بعضهم من الانفساخ أو أنّ له الفسخ في خصوص الحجّ إذا لم يعجل المستأجر الأجرة في غير محله .

نعم في الروضة أنه لوفرض توقف الفعل على الأجرة كالحج وامتنع المستأجر من التسليم تسلط الأجير على الفسخ ، وهو غير خاصّ بالحجّ ، ومرجعه إلى عدم القدرة على تسليم العمل حينئذ ، وتعرف انشاءالله فيما يأتي الحال فيه .

بقي الكلام في استحقاق بعض الأجرة ببعض العمل لم يحضرني الآن كلام محرّر في ذلك نعم قد سلف منّا في البيع عدم وجوب التقابض على النسبة ، لأنه خلاف مقتضى العقد ، ولعلّه غير مانحن فيه من وقوع العمل من العامل على وجه لاربط له بمابقي ، كصلاة بعض الفرائض ونحوها ممايستحق العامل به التقسيط ، لواتفق عدم

حصول التمام .

ولاينافي ذلك قولهم لايستحق الأجرة إلاّ بعد العمل ، المراد به تمامها لابعضها الذي هو قسط ماوقع من العامل ، أللّهم إلّا أن يدّعي أنّ ذلك مقتضى المعاوضة ، وفيه تأمّل بل منع ، لأن الأصل عدم جواز حبس المال على صاحبه المقتصر في خلافه على غير محل الفرض .

كما انه بقي الكلام أيضاً في كيفية الجمع بين الحقين لو كان الأجرة على العمل عملاً أيضاً ، ولم يأمن أحدهما الآخر ، والمتجه فيه أنه مع امكانه بالكفيل ونحوه يجب ، وإلاّ فالقرعة للترجيح ، كمافي غيره مماتزاحم فيه الحق .

وكذا بقي الكلام في وجوب دفع الأجرة لو كان العمل المستأجر عليه مؤجلاً مع عدم التعرض لتعجيلها ، فإنّه قد يقال بالوجوب حينئذ ، كما في البيع ، ولعدم الحلول الذي يوجب المطالبة للمستأجر ، ولكن فيه أنه مناف لمادلّ على عدم وجوب تعجيل الأجرة قبل العمل ، والأجل إنّما أفاد زيادة التأخير فيه ، فلايغير الحكم الثابت في حال عدم الإشتراط ؛ وبذلك يفرق بينه وبين البيع .

نعم لو كانت الأجرة مؤجلة بأجل انقضى قبل تمام العمل أوقبل حصوله ، أمكن القول بوجوب دفعها بناء على ظهور الأجل المزبور في رفع اليد عمّا تقتضيه المعاوضة فتأمل جيّداً والله هو العالم .

﴿ وكل موضع يبطل فيه عقد الإجارة يجب فيه أجرة المثل مع استيفاء المنفعة أو بعضها سواء زادت عن المسمّى أو نقصت عنه ﴾ بلاخلاف أجده فيه في شيء من ذلك بل قد يظهر من ارسالهم ذلك إرسال المسلّمات أنه من القطعيات .

مضافاً إلى مثل ذلك بالنّسبة إلى قاعدة « مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده » الشّاملة للمقام ، وإلى قاعدة « احترام مال المسلم وعمله » وقاعدة « من اتلف » و[1]

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٢.

« على اليد » و [١] « لاضرر » و [٢] « لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » ونحو ذلك ممّا يقضي بذلك ضرورة أنه مع بطلان العقد يبقى كل من العوضين على ملك صاحبه، فيجب على كل منهما ردّه بعينه إذا كان موجوداً ، وإن كان تالفاً بقيمته أو مثله ، لفساد الالتزام بالمسمّى بفساد العقد الذي قد وقع فيه ، ومنه أجرة المثل في المقام ، فإنها هي قيمة المنفعة المستوفاة .

ومن ذلك كله ظهر لك الوجه في الحكم المزبور . نعم قيده الشهيد في المحكي من حواشيه بما إذا لم يكن الفساد باشتراط عدم الأجرة في العقد ، أو عدم ذكرها فيه . لدخول العامل على ذلك ، واستحسنه في المسالك ، وكان وجهه أنه متبرّع بالمال والعمل مجّاناً ، قادم على ذلك ، فهو أشبه شيء حينئذ بالعقود الفاسدة المجّانية ، كالهبة والعارية ونحوهما [٣] « مما لا يضمن بفاسدهما ، فلا يضمن بصحيحهما » .

بل قد يقال بشمول هذه القاعدة للفرض ، بناء على إرادة أشخاص العقود منها لأصنافها ، ولاريب في عدم الضّمان في المقام لو فرض صحة العقد المزبور ، فكذا لا يضمن به على الفساد ، للقاعدة المزبورة التي عرفت أنّ الوجه فيها إقدامهما على عدم الضمان في التقديرين ، كما أنك قد عرفت تقريره حينئذٍ هنا .

لكن مع ذلك كله في جامع المقاصد بعد أن حكاه أنه صحيح في العمل « أمّا مثل سكنى الدار التي يستوفيها المستأجر بنفسه فإنّ اشتراط عدم العوض إنما كان في العقد الفاسد الذي لا أثر لما تضمنه من التراضي ، فحقّه وجوب أجرة المثل ، ومثله مالو باعه على أن لا ثمن له ، وأمّا لو كان مورد الإجارة منفعة الأجير ، فيعمل بنفسه مع فسادها فوجه عدم استحقاقه شيئاً ظاهر ، لانه متبرّع بالعمل ، وهو المباشر لإتلاف المنفعة » .

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣ — ٥ .

(٢) سورة النساء الاية ٢٩ .

(٣) هكذا في النسخ والظاهر « مما لا يضمن بصحيحهما فلا يضمن بفسادهما .

ودفعه في المسالك بما حاصله من أنه يرجع في مثل سكنى الدار الى العارية ، وإن عبّر عنها بلفظ الإجارة ، لأن التصريح بعدم الأجرة أقوى من الظهور المستفاد من لفظ الأجارة ، والنص مقدم على الظاهر ، فيحكم بأنه عارية ، إذ هي لاتنحصر في لفظ ، بل يكفي فيها كل ّ مادلّ على التبرّع بالمنفعة ، مضافاً إلى اعتضاد ذلك بأصل البراءة .

بل فيها الاعتراض على ماذكره اخيراً بأنه قد لايكون متبرّعاً ، كما لو امره المستأجر ، فإنّ مقتضى الفساد عدم تأثير ماوقع من اللفظ ، وحينئذٍ فلايتحقق التبرّع إلاّ مع عمل الأجير من غير سؤال ، وإلاّ فينبغي مع عدم ذكر الأجرة ثبوت أجرة المثل كماهوشأن الآمر لغيره بعمل من غير عقد ، ثم قال : فإن قلت : أي فائدة في تسمية هذا عقداً فاسداً مع ثبوت هذه الأحكام ، وإقامته مقام العارية ، قلت :فساده بالنسبة إلى الإجارة بمعنى عدم ترتب أحكامها اللازمة لصحيح عقدها ، كوجوب العمل على الأجير ونحوه ، لامطلق الأثر .

قلت : هذا كما يردعليه يردعلى الشهيد أيضاً الّذي قد استحسن كلامه أوّلا فإنّ مدركه ذلك ، بل هوأولى به منه ، لظهور كلام الكركي في اشتراط عدم الأجرة فوجود الأمر حينئذٍ وعدمه على حدّ سواء ، لافيما إذا لم يذكر أجرة ، بخلاف كلام الشهيد ، مع أنه يمكن دفعه عنه أيضاً أولاً بأن محل كلامه العمل من حيث العقد، ففرض الأمر خروج عن البحث ، وثانياً بأن الأمر بالعمل من حيث العقد لا يجدي، إذ هو حينئذٍ من توابع العقد الفاسد الذي فرض عدم الأجرة أو أوقع الفعل بعنوان أنه مقتضاه .

بل قد يناقش في دفعه الأوّل ـ مع أنّه لايتم فيما إذا لم يذكر الأجرة ـ بأنّ محل البحث ماعلم قصد الاجارة منه ، ولو للجهل بأنّ العوض من مقوماتها ، اوللايداع اولغير ذلك لاما إذا ذكر ذلك ولم يعلم قصده ، مع أنّ تنزيله على العارية على هذا الفرض ليس بأولى من حمله على التجوّز، في استعمال لفظ الإجارة الموضوع لتمليك

المنفعة بعوض في تمليكها بغير عوض ، ويكون عقداً فاسداً ، أو غير ذلك ممّا هو محتمل.

وأصل الصحّة وإن نفى احتمال إرادة الفاسد ، لكن الصحيح غير منحصر في العارية، ومع فرضه وقلنا بالحمل عليها للأصل المزبور لا يحمل عليه كلام الشهيد ، ضرورة إرادته الاستثناء من كلّية الاصحاب المزبورة ، ولا يتمّ إلاّ بجعله عقد إجارة فاسد ، لا عارية ، كما هو واضح .

نعم ربما نوقش الشهيد والكركي بأنّه لا وجه لمساواة عدم ذكر الأجرة ذكر الأجرة في الحكم المزبور ، ضرورة عدم دلالة ذلك على التبرّع بالمنفعة ، إذ قد يكون لنسيان أو لجهل أو اعتقاد أنّه مقرر ، أو أنّه معلوم أنه مع الاطلاق ينصرف إلى العرف.

ومن هنا استجود في الرياض كلام الشهيد في الشقّ الأوّل مطلقا ، دون الثاني كذلك ، وهو جيّد لو كان المراد بعدم الأجرة ذلك ، أو ما يشمله ، لا أنّ المراد به هو المراد من ذكر عدم الأجرة ، إلا أن الفرق بينهما بالتصريح بذلك وعدمه ، إذ لا ريب في ظهور آجرتك في إرادة العوض وإن لم يذكره بالخصوص ، فلا وجه لسقوطه لاقدام كلّ منهما حينئذ عليه ، والأمر في ذلك سهل .

إنّما الكلام في صحة أصل ما ذكره الشهيد ، مع أنّ إطلاق كلام الأصحاب يقتضي خلافه في المقام ، وفي البيع وغيرهما ، ضرورة اتحاد البحث هنا ، مع قول بعتك بلا ثمن أيضاً أو بعتك بلا ذكر ثمن ، بل كلامهم صريح في ثبوت أجرة المثل في المسألة السابقة المشترط فيها عدم الأجرة ، اذا لم يصل في الزمن المعيّن .

ولعل الوجه فيه ـ بعد ذكر فرض شمول كلام الاصحاب لمثله لأنّه خارج عنه باعتبار دخول العوض في مفهوم البيع والاجارة ، ومع انتفائه لا يكون بيعاً ولا إجارةً كي يندرج في كلّية المقام ونحوها المبنية على صدق الاجارة ، إلاّ أنّها باطلة ، إذ قد يقال ـ بعد تسليم عدم صدق اسم الاجارة : ـ إن المدار في كلامهم على العقد الفاسد المراد به إجارة مثلاً ، و لو من حيث تمليك المنفعة خاصة ، إمّا للجهل بموضوع الأجارة ، أو تشريعاً أو ايداعاً أو نحو ذلك ، أنّ كل مدفوع بعنوان مقتضى العقد

الفاسد وأنّه من آثاره ومما يترتب عليه على حسب الدفع بالعقد الصحيح لم يترتب عليه أثر .

و لايعدّ من العمل التبرعي و دفع المال المجاني ، بل الظاهر أنّ أخذ المال بالعنوان المزبور من أكل المال بالباطل ، بل هو من أوضح أفراده ، ومناف لقاعدة «الضرار ، واحترام مال المسلم ، ضرورة كون الدفع مع فرض أنّه بالعنوان المزبور كالمقيد بصحة العقد ، وأنه من المؤثرات والمسببات لذلك ، مضافاً إلى نهي الشارع من تناول مثل المال المزبور ، لأنه من الباطل ، فيكون اليد عادية عليه ، نحو المدفوع عوضاً من المحرمات .

وحينئذ فقاعدة الضمان بحالها ، مؤيدة بماعرفت من قاعدة الضرار ، والاحترام، وعلى اليد ، ومن اعتدى ، والحرمات قصاص ، و غير ذلك ، على أنّ المجمع عليه من عدم ضمان المتبرع به هوماكان من جهته خاصة ، لابعنوان معاملة فاسدة مشتملة على ايجاب وقبول .

و إقدام القابل والموجب على المجانية لاينافي ضمان المال ، كمالاينافي إقدامهما على المسمى القليل، ضمانه بالقيمة التي قدتكون اضعاف ذلك ، بعد فساد العقدالذي قدتضمنه ، بل لعلّ قيد بلا أجرة في الفرض كالمسمى في غيره لاعبرة بهما ، بعد فساد العقد الذي قدوقعا فيه .

ومن الغريب بعد ذلك كلّه دعوى صيرورة الفرض ونحوه كالهبة والعارية وكالمتبرع ونحوذلك مماهو مناف لقواعد الشرع ، من أكل المال بالباطل وغيره ، وأغرب من ذلك دعوى كون المرادبالفساد إنّما هو بالنسبة إلى الالتزام بالمسمّى و نحوه ، لامطلق ترتب الأثر الذي منه ماسمعت ، من العارية والهبة وأجرة المثل في مقام الالتزام بها ونحو ذلك ، ضرورة منافاة ذلك لمادلّ من الكتاب والسنّة والاجماع على حرمة أكل المال بالباطل ، المقتضي عدم ترتب شيء من ذلك .

ودعوى ــ فرض كون الدافع قصد الهبة والعارية و التبرع بقصد مستقل غير ملاحظ فيه العقد المزبور ــ خروج عن محل البحث ، إذ الكلام في المدفوع بالعنوان

المذكور معاملة للفاسد، معاملة الصحيح، ولاوجه للهبة و العارية ونحوهما في ذلك.

ومنه يعلم الحال في التقييد الثاني للقاعدة المزبورة، كما عن الأردبيلي وتبعه عليه غيره، بما إذا كاناجاهلين بالفساد، أمّا إذا كانا عالمين به أو أحدهما جاهلا و الاخر عالمافلايتأتى فيه قاعدة أجرة المثل، و ضمان الأجرة بل يكون المدفوع مع علم الدافع هبة إن كان عيناً، فيرجع بها مع بقاء عينها ولم يكن الموهوب ذارحم، وعارية لو كان المدفوع منفعة عين، وتبرعاً إن كان عملا، نعم لاشيء منها مع الجهل، ومن هنايتجه الضمان له.

إذلايخفى عليك بعد ماسمعت أنه لافرق بين الجهل والعلم في عدم الهبة وغيرها، بعد فرض كون الدفع بالعنوان المزبور، وعليه يدلّ من النصوص ماتضمن «أن ثمن الكلب حرام وسحت» وكذا الخمر والميتة وأجر المغنية والزانية ونحوها مما هو مدفوع مع العلم بالفساد، إلا أنه كان بعنوان المعاوضة الفاسدة الغيرالمشروعة، كما هو واضح بادنى تأمل والله العالم.

هذا كله في المنفعة والأجرة أمّا العين المستأجرة فمن مجمع البرهان أنه يفهم من كلامهم الضمان مع الجهل به، بل في الرياض والعين مضمونة في يد المستأجر مطلقاً، كما نسب إلى المفهوم من كلمات الأصحاب، ولعلّه لعموم الخبر [1] بضمان «ما أخذته اليد».

وربما يستشكل فيه في صورة جهله بالفساد لإناطة التكليف بالعلم، وارتفاعه مع الجهل، وهو كماترى، فإنّ التلف في اليد من جملة الأسباب لاتختلف فيه صورتا العلم والجهل حين وجود السبب، والتكليف بردّ البدل ليس حين الجهل، بل بعد العلم بالسّبب.

نعم ربما يشكل الحكم في هذه الصورة بل مطلقا لوكان الموجر عالما بالفساد، لكون ترتب اليد على العين حينئذ بإذن المالك، فلاينصرف الى هذه الصّورة اطلاق

(١) المستدرك ج٢ ص٥٠٢.

الخبر المتقدم ، مضافاً إلى ماعرفت من رجوع الإجارة في هذه الصّورة إلى العارية ، والحكم فيها عدم‌ضمان المستعير كماتقدم ، و كذلك‌لو كان جاهلاً به لضمان المستأجر فيه ، ولوحصل الدفع فيه بالإذن أيضاً ، فإنه كعدمه لابتنائه على توهم الصحة ، فيكون كالإذن المشروط بها ، فإذا ظهر الفساد لم‌يكن ثمة اذن بالمرّة ،ولعلّ مراد الأصحاب غيرهذه الصّورة .

قلت : لايخفى عليك أن الذى عثرنا عليه من كلام الاصحاب في المقام صريح في عدم ضمان العين المستأجرة في العقد الفاسد ، كما صرّح به في القواعد و جامع المقاصد ، ومحكي التذكرة ، بل في مفتاح الكرامة عن الرياض والمجمع التصريح بذلك أيضاً في مقام آخر من الإجارة .

ولعله لقاعدة «مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده» كما استدلّ به في التذكرة والجامع ، بل لم أجد من صرّح هنا بالضمان ، وإن كان قديوجّه على تقدير صحّة النسبة إلى الاصحاب بماسمعت من‌عموم «على‌اليد» المعارض للقاعدة المزبورة من‌وجه، ويرجّح عليها بالنسبة المزبورة ، ودعوى العكس باعتضادها بقاعدة الأمانة ، يدفعها ماسمعته من‌الرياض‌أخيراً من أنه إذاكان الدفع بعنوان‌الصحّة تكون الإذن‌كالمقيده بذلك ، فمع الفساد ينكشف أن لاإذن ، فلاتكون أمانة .

ومن ذلك يعلم أنه لاوجه لفرقه بين العلم والجهل حينئذٍ ، إذالزعم لامدخلية له في ذلك ، ضرورة قيام الدفع بالعنوان المزبور مقام الزعم المذكور ، على أنه قد يقال بعدم اندراج العين في قاعدة « مالايضمن » فلاتعارض على اليدحينئذٍ .

وذلك‌لأنّ المراد من‌الإيجاب والسلب فيها ماكان مضموناً بسبب العقد ،ومالم يكن مضموناً كذلك على‌معنى أنّ الضمان وعدمه‌فيه مورد العقد كالمنفعة في الإجارة والعين في الهبة ، ولا ريب أنّ عدم الضمان في العين المستأجرة لامدخلية للعقد فيه ، و إنما هو باعتبار كونها أمانة ، فيدور الضّمان في الفاسدة حينئذٍ عليها ، لامن القاعدة المزبورة .

وكذلك العين في العارية ، فمع فرض عدم الأمانة لما سمعته من تقييد الإذن بالصحة المفروض انتفاؤها يتجه ما نسباه إلى الأصحاب من الضمان حينئذ ، خصوصاً مع علم المستأجر بالفساد وخصوصاً إذا كان الفساد من جهة الغصب ونحوه ، لكن ومع ذلك فالانصاف أنه لايخلو دعوى عدم الأمانة مطلقا حتى في صورة الجهل منهما من بحث ونظر ، كما هو واضح والله العالم

﴿ويكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقاطع على الأجرة﴾ بلا خلاف أجده على الظاهر في الجواز المستفاد منه . نعم عبّر في النافع واللمعة وغيرهما بالاستحباب نحوما عن النهاية والسرائر من أنه ينبغي للانسان أن لايستعمل أحداً إلاّ بعد أن يقاطعه على أجرته ، فإن لم يفعل ترك الاحتياط المبني على الظاهر على استحباب ترك المكروه ، وهو كذلك بناءً على إرادة الرجحان منه ، اذلاريب في رجحان امتثال خطاب الكراهة .

والأمر سهل بعد انحصار الدليل في خبر مسعدة بن صدقه [1] عن أبي عبدالله عليه السلام «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلايستعمل أجيراً حتى يعلمه ماأجره».

وصحيح سليمان بن جعفر الجعفري [2] «أن مولانا الرضا عليه السلام ضرب غلمانه وغضب غضباً شديداً حيث استعانوا برجل في عمل وماعينوا له أجرته فقال له سليمان : جعلت فداك لم تدخل على نفسك فقال : اني قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرّة ، واعلم أنّه ما من أحد يعمل لك شيئاً من غير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلاظن أنك قد نقصته أجرته ، وإذا قاطعته ثم أعطيته أجرته ، حمدك على الوفاء ، فإن زدته حبّة عرف ذلك لك ، ورأى أنّك قد زدته » المحمولين على الكراهة .

ومنهما حينئذ مع السيرة و إطلاق الفتوى يستفاد جواز ذلك و إن لم يكن له أجرة معيّنة في العادة ، بل يجوز اتكالا على أجرة المثل ، إلاّ أن ذلك قد ينافيه اشتراط المعلومية في الأجرة ، أللهم إلا أن ينزل على اختصاص ذلك بالعقد و المعاطاة بناء

(١)(٢) الوسائل الباب ـ٣ـ من ابواب احكام الاجارة الحديث ـ٢ـ١ .

على أنّها يعتبر فيها مايعتبر فيه إلاّ الصّيغة ، لكونها إجارة أيضاً فيكون ذلك قسماً مستقلا جائزاً برأسه نحو إباحات الأعيان والمنافع بالأعواض .

ولا بأس به ، للسيرة المستمرّة ، واحتمال اختصاص النصّ والفتوى بذي الأجرة المعلومة ، كالحلاّق والقصار و نحوهما ، فتكون الكراهة حينئذ بسبب عدم الذكر بالخصوص كماترى ، بل لايبعدعدم الكراهة في مثله لكونه كالمذكور حينئذفلايشمله التعليل في كلام الرضا عليه السلام هذا .

وربما استفيد من الصحيح المزبور جوازضرب الغلام لعدم اجتناب المكروه ،وفيه أنّه يمكن أن يكون للمخالفة للنهى الصادر منه لهم عن مثل ذلك غير مرّة ، ولاينافي كراهيته حرمته للنهي المزبور من حيث وجوب طاعة العبد للسيد في ترك المباح ، بل المستحب فضلا عن المكروه ، والامر سهل .

﴿و﴾ كذايكره ﴿أن يضمن﴾ الأجير ﴿الامع التهمة﴾ أي يغرم عوض مايتلف في يده ممّا يضمنه ولو بغير تفريط إلاّ مع التهمة له في اخباره عن ذلك.

وفي الروضة «أي يغرمه عوض ماتلف بيده بناء على ضمان الصانع مايتلف بيده، أومع قيام البينة على تفريطه ، أومع نكوله عن اليمين حيث يتوجه عليه إن قضينا بالنكول إلاّ مع التهمة له بتقصيره على وجه يوجب الضمان » .

وفي جامع المقاصد في شرح قوله في القواعد «وأن يضمن مع انتفاء التهمة ، أولت أي العبارة بأمرين : (الأول) أن يشهد شاهدان بتفريطه ، فإنه يكره تضمينه اذا لم يكن متهما (الثاني) : لو نكل عن اليمين وقضينا بالنكول كره تضمينه مع عدم التهمة ، كذا قيل : »

والظاهر أنّه أشار به الى الشهيد في المحكي عن حواشيه ثم قال : « وينبغي أن يقال : إذالم يقض بالنكول يكره له تضمينه باليمين المردودة و هذا إذا قلنا بعدم التضمين إلاّ مع التفريط ، أمّا على مامیزه كثير من الأصحاب من تضمينهم إلاّ مع ثبوت مايقتضى العدم فظاهر ، لأنّ الأجير إذالم يكن متهما يكره تضمينه إذا لم تقم البينة بما يسقط الضمان ، و ربما فسرذلك بكراهة اشتراط الضمان ، و ليس شيء

للفساد حينئذٍ .

وفي المسالك « فيه تفسيرات ، (الأول) أن يشهد شاهدان على تفريطه ، فإنه يكره تضمينه العين إذا لم يكن متهما ، (الثاني) لولم تقم عليه بينة و توجّه عليه اليمين يكره تحليفه ليضمنه كذلك (الثالث) : لو نكل عن اليمين المذكور وقضينا بالنكول كره تضمينه كذلك . (الرابع) : على تقدير ضمانه وإن لم يفرط كما اذا كان صانعاً على ماسيأتي يكره تضمينه حينئذٍ مع عدم تهمته بالتقصير (الخامس): أنّه يكره أن يشترط عليه الضمان بدون التفريط على القول بجواز الشرط (السادس) لوأقام المستأجر شاهداً عليه بالتفريط كره له أن يحلف معه ليضمنه مع التهمة ، (السابع) لولم يقض بالنكول يكره له أن يحلفه ليضمنه كذلك » .

والأربعة الأول سديدة ، والخامس مبني على صحة الشرط وقد بينّا فساده و فساد العقد ، والأخيران فيهما أن المستأجر لا يمكنه الحلف إلا مع العلم بالسبب الذي يوجب الضمان ، ومع فرضه لا يكره تضمينه ، لاختصاص الكراهة بعدم تهمته ، فكيف مع تيقن ضمانه .

و كيف كان فالنصوص التي يظن استفادة الحكم المزبور منها خبر خالد بن الحجاج [1] « سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن الملاح أحمله الطعام ثم أقبضه منه فينقص ، فقال : إن كان مأموناً فلاتضمنه » .

وخبر حفص بن عثمان [2] «قال : حمل أبي متاعاً إلى الشام مع جمّال فذكر أن حملا منه ضاع فذكرت ذلك لأبي عبدالله عليه‌السلام قال : أتتهمه ؟ قلت: لا، قال: لاتضمنه» .

وخبر أبي بصير [3] « عن أبي عبدالله عليه‌السلام في الجمّال يكسر الذي يحمل أو يهريقه ، فقال : إن كان مأمونا فليس عليه شيء وإن كان غير مأمون فهو ضامن» .

---

(١) الوسائل الباب - ٣٠ من ابواب احكام الاجارة الحديث -٣ .

(٢) الوسائل الباب - ٣٠ من ابواب احكام الاجارة الحديث - ٦ عن جعفر بن عثمان .

(٣) الوسائل الباب - ٣٠ من ابواب احكام الاجارة الحديث ٧ .

وخبر الحلبي [1] «قال أبو عبدالله عليه السلام :كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار والصائغ احتياطاً للناس وكان أبي عليه السلام يتطول عليه إذا كان مأمونا» ونحوه خبر ابي بصير [2]».

وفي خبره الآخر [3] عن ابي عبدالله عليه السلام «لا يضمن الصائغ ولا القصّار ولا الحائك إلا أن يكونوا متهمين ، فيخوف بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً و في رجل استأجر حمالاً فكسر الذي يحمل أو يهريقه فقال على نحو من العامل إن كان مأمونا فليس عليه شيء ، وإن كان غير مأمون فهو ضامن » .

وصحيح الصفار [4] « كتبت إلى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوباً إلى القصار ليقصره، فيدفعه إلى قصار غير ليقصره فضاع الثوب ، هل يجب على القصار أن يردّه إذا دفعه إلى غيره و إن كان القصّار مأموناً ؟ فوقع عليه السلام هو ضامن له إلا أن يكون ثقة مأموناً » .

وخبر حذيفة بن منصور [5] « سألت أباعبد الله عليه السلام عن الرجل يحمل المتاع بالاجر فيضيع المتاع فيطيب نفسه ان يغرمه لاهله ، أيأخذونه ؟ قال : فقال : أمين هو ؟ قلت : نعم قال : فلا يأخذون منه شيئاً .

وخبره الآخر [6] قال له أيضاً : إن معاذ بن كثير وقيساً أمراني أن اسألك عن جمّال حمل لهم متاعاً بأجر ، أنه ضاع منه حمل قيمته ستماة درهم وهو طيب النفس لغرمه لانها صناعته قال : يتهمونه؟ قلت : لا قال :لا يغرمونه » بناء على الاجماع على عدم التفصيل فيها ، فوجب حمله في البعض على ارادة عدم تحليفه للضمان ، وفي الآخر على ضمان ما يتلف في يده بفعله أو على نحو ذلك مما قد عرفته .

نعم لا يخفى عليك عدم وفائها بجميع ما تقدم اللهم الا أن يفهم ذلك من فحاويها ، ويمكن دعوى كون المراد من مجموعها كراهة تغريم الأجير مع أمانته وعدم تهمته في كل مقام يثبت ضمانه لتلف بفعله أو بغيره كما هو واضح ، بل لعل حمل كلام الاصحاب على ذلك اولى خصوصاً بعد التسامح في ادلة السنن والله العالم .

---

(١)(٢)(٣) الوسائل الباب — ٢٩ من ابواب احكام الاجارة الحديث ٤-١٢-١١ .
(٤) الوسائل الباب —٢٩— من ابواب احكام الاجارة الحديث —١٨ .
(٥) الوسائل الباب — ٣٠ من أبواب احكام الاجارة الحديث ١٢ .
(٦) التهذيب ج ٧ ص ١٢٩ الحديث — ٣٦ طبعة النجف .

الشرط ٭(الثالث : أن تكون المنفعة مملوكة)٭

للموجر أو لمن هو فضول عنه كما ستعرف أو نائب عنه لوكالة أو ولاية بلا خلاف أجده فيه ، بل هو من الواضحات ، ضرورة عدم تحقق المعاوضة في غير المملوكة التي يكون الموجر والمستأجر فيها على حدّ سواء كمنافع الأعيان المباحة .

نعم لا فرق في المنافع المملوكة ٭(إمّا)٭ أن تكون ٭(تبعاً لملك العين أو منفردة)٭ كالعين الموصى بمنفعتها والعين الموقوفة عاماً بناء على كون العين فيه ملكاً لله ، ولا يقدح عموم الوقف جواز اجارة الحاكم ولو لبعض من هو مصرف الوقف لبعض المصالح التي ترجع إليهم أيضاً كمصلحة نفس الموقوف ونحوها ، كما لا يقدح جواز بيعه بعض مال الزكاة ممن هو مصرف لها كذلك أيضاً .

٭(و)٭ على كل حال فـ ٭(للمستأجر أن يؤجر)٭ من الموجر فضلا عن غيره وإن كان مالكاً للمنفعة دون العين بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه مضافاً إلى عموم الوفاء بالعقود ، وعمومات الاجارة ، وقاعدة التسلط ، والنصوص المستفيضة بل المتواترة الواردة في الارض والدابة والسفينة وغيرها التي تقدم شطر منها في مسألة الاجارة بالأكثر .

نعم يعتبر اجارة الأخف أو المساوي لا الأثقل إذا كانت المنفعة المملوكة له بعقد الاجارة ركوبه لا على وجه المباشرة ، بل على ملاحظته عنواناً لمن يركب ، أمّا لو كان مطلق منفعة الدابة مثلاً مملوكة له لتعينها بالزمان مثلاً لم يكن بأس بركوب من شاء ما لم يكن على وجه يعدّ تعدّياً بالدّابة والأمر في ذلك سهل .

إنّما الكلام في أن له تسليم العين من دون إذن المالك كما هو خيرة المختلف وغاية المراد والحواشي والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح والرياض على ما حكي عن البعض ، أولا كما هو خيرة النهاية و السرائر و القواعد و جامع المقاصد على ما حكي عن البعض أيضاً ، والأول إذا سلّمها إلى أمين ، والثاني إذا لم يكن أميناً

كما عن ابن الجنيد أقوال ، أوسطها أوسطها ، لانها أمانة في يده ولم يكن قد أذن له المالك بتسليمها من غيره كما هو المفروض ، فتبقى قاعدة احترام مال الغير بحالها .

وجواز الاجارة له أعمّ من جواز التسليم له ، ضرورة عدم توقفه عليه ، إذ يمكن استيفاء المنفعة ، وهي في يد الأمين كما أن عقد الاجارة للأول لا يقتضي وجوب التسليم على المالك على وجه يرفع يده عنها ويجعلها أمانة عنده إذ ليس له بالعقد المزبور سوى التسلط على استيفاء المنفعة الذي لا ينافي بقاؤها في يد المالك ، كما لو ركب الدابة وأراد مالكها استصحابها لحفظها أو جعلها أمانة عند غير المستأجر ، فإذا آجرها المستأجر لغيره لم يتسلط بعقده على أزيد مما يتسلط عليه الأول .

نعم مباشرة العين التي من مقوّمات استيفاء المنفعة من العين كركوب الدّابة وسكنى الدار مثلاً لا تحتاج إلى استيذان من المالك وإن استلزم أمانة في الجملة أيضاً لكونها من المنفعة التي ملكها بالعقد .

ومن ذلك يعرف الحال في الاستدلال للأوّل بأن التسليم من مقتضيات عقد الاجارة ، فاذا جازت له جاز له لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه ، فان التسليم الذي هو مقتضاها ماكان من مقومات المنفعة المستحقة له بالعقد ، لا كون العين أمانة عنده ، وفي يده خاصة الذي محلّ البحث . ولعلّ المانع أراد الثاني ، والمجوّز أراد الأول فيكون النزاع لفظيا .

كما أنّ منه يعرف الجواب عن الاشكال ، بأنه لو توقف التسليم على إذن المالك لم يجز الاجارة للمستأجر ، لعدم القدرة على التسليم من غير حاجة إلى الجواب عنه بأنه يكفي في حصولها الإذن المتوقعة ، فيكون حينئذ كالفضولي ، ضرورة حصول القدرة على تسليم المنفعة من غير إذن مع بقاء العين في يده ، وهو المعتبر في صحّة العقد ، لا التسليم على وجه تكون أمانة عند المستأجر الثاني ، وهو الذي نقول بتوقفه على الإذن لمعلومية عدم جواز ايتمان الأمين غيره إلاّ بالإذن من المالك .

وأما الاستدلال عليه بصحيح الصفّار المتقدم سابقا في القصّار الذي دفع الثوب إلى قصّار آخر فهو مع أنه مبني على مساواة العين المستأجرة للعمل فيها للعين المستأجرة في الحكم المزبور أولى بالدّلالة على المطلوب بعد الإجماع على عدم التفصيل فيه ، فيحمل حينئذٍ على كراهة الضمان مع الوثاقة ، وإن كان هو ضامنا على كل حال ، وذلك منطبق على المختار .

نعم قد يدلّ عليه صحيح عليّ بن جعفر [١] عن أخيه أبي الحسن عليه السلام « قال سألته عن رجل استأجر دابّة فأعطاها غيره فنفقت فما عليه ؟ قال : إن كان اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها ، وإن لم يسمّ فليس عليه شيء » .

وفيه : أن ملاحظة الجواب بالاشتراط المزبور وعدمه تقضي بأن المراد بيانه الضمان من حيث ركوب الغير وعدمه لا من حيث التسليم وعدمه الّذي ليس في الصحيح المزبور تعرض له ، والدفع فيه أعم من كون العين أمانة عنده إذ يمكن ركوب الغير لها وهي في يد الأول .

وكذا ما عساه تشعر به النصوص الكثيرة في جواز اجارة الارض ونحوها بالأقلّ والمساوي دون الأكثر ، والنصوص [٢] الواردة فيمن تقبل عملاً في عين ، وقبله من غيره ، باعتبار عدم تعرض شيء منها لعدم جواز التسليم مع أنه المتعارف الغالب الوقوع .

بل في النصوص المزبورة ما هو كالصريح في تسليم العين من الغير ، إذ لا يخفى على من لاحظها أنّها مساقة لبيان حكم الاقل والاكثر لا ذلك ، وليس فيها ما يقضي بالتسليم على وجه ترتفع يد الاول عنه خصوصاً ، والمسؤل فيها الارض ونحوها التي لا استبعاد في بقاء يد الامانة عليها وإن آجرها أو زارع عليها ، لعدم حاجة أمانتها إلى تكلّف أمور كثيرة .

---

(١) الوسائل الباب ـ١٦ـ من أبواب أحكام الاجارة الحديث ـ ١ .

(٢) الوسائل الباب ـ٢٣ـ من أبواب أحكام الاجارة .

بل في نصوص العمل ما هو ظاهر في اعطاء الثوب للغلمان الذين هم تلامذته ، ويعملون بحضرته ، كما يستعمله الخيّاطون في زماننا ، وقد ظهر من ذلك كلّه أنه لايجوز التسليم الأماني من دون إذن ، كماأنه يجوز التسليم المنفعي بدونها ، والله هوالعالم .

وعلى كل حال فلا اشكال في جواز الاجارة ﴿ إلاّ أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه ﴾ لنفسه ، فانه لايجوز حينئذ عملا بقاعدة « المؤمنون » التي يتعذر الجمع بينها وبينالاجارة المفروضة ، فيتعين بطلانها لسبق الخطاب بالأولى .

نعم لوشرط بنفسه خاصة لابأس بالاجارة من الغير مشترطاً عليه الاستيفاء له بنفسه كحمل متاع ونحوه مما يصح استيفاؤه له ضرورة عدم المنافاة حينئذ ، أما إذا لم يشترط فالظاهر الفساد ، وإن استوفى هو بنفسه أيضاً للتنافي حينئذ بين صحة الاجارتين .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ لوشرط ﴾ عليه ﴿ ذلك فسلّم العين المستأجرة إلى غيره ضمنها ﴾ ولوبتسليم انتفاع لأمانة ضرورة كونه متعدياً ، وللصحيح المتقدم والاجماع المحكي عنالغنية .

نعم لو أخذ عوضا عن هذه المنفعة ، ولو أجرة مثل ، لميبعد ملكيته لهالأنها عوض منفعتهالمستحقة له ، وإنكان قد اشترط عليه استيفاءها بنفسه ، وكذا لوغصبها غاصب منه ، والله أعلم .

﴿ ولوآجر غيرالمالك تبرعاً ، قيل : بطلت وقيل : وقفت على اجازة المالك ، وهوحسن ﴾ بل هو الأصح كما اشبعنا الكلام فيه فيالبيع بما لميوجد في كتاب ، اذ التحقيق اتحاد البحث فيالفضولي في جميع العقود فلاحظ وتأمل .

الشرط ۞(الرابع : أن تكون المنفعة معلومة)۞

بلاخلافاجده فيه بلالاجماع بقسميهعليه ، للغرر وغيره ، بلقيل : إنالعامة الذين اكتفوا بالمشاهدة فيالبيع وافقوا هنا على وجوب العلم بقدر المنفعة فلايجوز

حينئذ على المجهولة فضلا عن المبهمة ولو بابهام العين المستأجرة بل لابدّ من التزام العين في الذمّة كما يلتزمها بالسّلم وتشخيص العين .

نعم لابأس بها على سائر المنافع بعد العلم بها جميعها حتى مع حال عدم امكان استيفاء إلّا على جهة البدل ، فإنّه حينئذ يكون المستأجر مخيراً في استيفاء أي منفعة شاء منها وإن كان مالكاً للجميع بالعقد ، ولو لم يكن للعين الا منفعة واحدة معلومة كفى الاطلاق في حمل الاجارة عليها ، ولو كان لها منافع متعددة وجب بيان المراد منها ولو الجميع .

وهل يكفي في ارادة الأخير الاطلاق ، يقوى ذلك كما عن التذكرة ، فيخير حينئذ المستأجر أيضاً على حسب ما عرفته فيما لو صرّح .

وعلى كل حال علم المنفعة ﴿ إمّا بتقدير العمل كخياطة الثوب المعلوم ﴾ طوله و عرضه وغلظه ورقّته فارسية أورومية من غير تعرض للزمان ، و إمّا بتقدير المدّة كسكنى الدّار شهرا ﴿ أو العمل على الدّابة ﴾ مثلا ﴿ مدّة معينة ﴾ والخياطة المعلومة يوما من غير تعرض لمقدار العمل ، فإن كلا منهما ترتفع بها الجهالة عرفاً التي هي المدار في المنع وعدمه فيندرج حينئذ فاقدها في عموم الأدلة وخصوصها .

وقد يتعين الثاني فيما لا يمكن ضبطه إلا به ، وإن كان عملا كالارضاع ، كما أنّه قيل : قد يتعين الأول فيما هو كذلك نحو استيجار الفحل للضراب ، فانه يقدر بالمرّة والمرّتين دون الزمان .

﴿ ولو قدّر المدّة والعمل ﴾ فيما يصلح كلّ منهما ضابطا له ﴿ مثل أن يستأجره ليخيط هذا الثوب في هذا اليوم ﴾ فلاريب في الصحّة مع العلم بسعة المدّة لذلك ، كما لاريب في الفساد مع العلم بالقصور للعجز عن العمل المفروض .

أمّا إذا كان محتملا فـ ﴿ قيل تبطل ﴾ الاجارة ﴿ لان استيفاء العمل في المدة قد لا يتفق ﴾ فلا يكون معلوم القدرة عليه ﴿ وفيه تردد ﴾ ينشأ من ذلك ، ومن أن المسلّم خروجه من عموم الأدلة معلوم العجز ، ولعلّه الاقوى ، خصوصاً فيما كان

كالفرض من قبيل الشرط ، فتصح حينئذ ، فإن عمله فيه استحق الأجرة ، وإن زاد الزمان ، والأقوى تخيير المستأجر في الفسخ لفوات الشرط .

وليس للأجير ذلك لعدم كون الشرط له ، ولأن الإخلال جاء من قبله ، ولأنه كما لو تعذر المسلم فيه في وقته ، فان فسخ المستأجر قسط ، وقيل : بأجرة المثل ، وقيل : بأقلهما ، والأول أقوى ، والأقوى طالب بالعمل بعدها ، كما لو تعذر المسلم فيه في وقته ، فإن المسلم إذا لم يفسخ واختار الصبر كان له المطالبة به عند وجوده ، وكذلك فيما لو أريد التطبيق في نحو المثال المفروض على معنى الابتداء بابتدائه والانتهاء بانتهائه ، فيصح مع العلم بحصوله ، ويبطل مع العلم بالعدم .

وفيه تردد مع الاحتمال ، ولعل إطلاق البطلان في اللمعة وجامع المقاصد والروضة ومحكي التذكرة وشرح الارشاد والتنقيح في فرض التطبيق في المثال المفروض مبني على معلومية غلبة عدم حصوله ، قيل : وهو معنى ما في المبسوط والمهذب ، وفقه القرآن والسرائر من توجيه البطلان في المثال بأنه ربما يخيط الثوب قبل مضي النهار ، فيبقى بعض المدة بلا عمل ، وربما لا يفرغ منه بيوم ، ويحتاج الى مدة أخرى ، وتحصيل العمل بلا مدة .

وربما حمل عبارة المتن عليه ، وهو وإن كان قد يشهد له ظهور كون الاشارة بلفظ القيل في كلامه إلى من عرفت ، وأنه المراد من التقدير والمفروض باعتبار ظهوره في ارادة الجمع بين التقديرين ، لا إرادة الظرفية من الزمان .

لكنه ينافيه التردد المزبور على هذا الفرض ، بل عن التحرير وحواشي الشهيد أيضاً نحو ذلك ، بل عن المختلف الحكم بالصحة ، ضرورة وضوح البطلان حينئذ .

أللهم إلا أن يقال : إن تردده في التطبيق المأخوذ شرطاً ، فإن الصحة حينئذ يكفي فيها احتمال إمكانه ، لأنها تبطل ، لأنه قد لا يتفق ، كما حكاه من تعليل القائل إذ أقصاه تخلف الشرط ، فيتسلط المستأجر على الخيار حينئذ .

ويمكن أن يكون التردد في حمل الاطلاق على التطبيق دون الظرفية ، ولعله

إليه أومى في محكي المختلف في توجيه مااختاره من الصحة بأن الغرض إنما يتعلق بفعله تلك المدة و ذكر الانطباق للمبالغة ، إذ لاثمرة مهمة في تطبيقه على الزمان ، والفراغ أمر ممكن لاغرر فيه .

فعلى هذا إن فرغ قبل آخر الزمان ملك الاجرة لحصول الغرض وهو التعجيل، ولايجب شيء آخر ، وإن انقضى الزمان قبله فللمستأجر الفسخ ، فإن فسخ قبل حصول شيء من العمل فلاشيء له ، وإن فسخ بعد شيء فأجرة مثل ماعمل ، وإن اختار الامضاء الزمه بالعمل خارج المدة ، وليس للاجير الفسخ ، وإن كنا لم نجد ذلك له في المختلف ، نعم حكى عنه في السرائر ولعله ابدل به سهوا .

وعلى كل حال فلايتوجه الطعن عليه ممن تأخر عنه بأن ذلك خروج عن محل النزاع ، باعتبار أن مفروض المسألة التطبيق لاالظرفية ، لماعرفت من أن المقصود تنقيح حال اطلاق المتعاقدين لوصدر منهما التقدير بالمدة والعمل ، كما هو مقتضى فرض المسألة في كلامهم على حسب مافي المتن ، وإنما التقييد بالتطبيق أول ماصدر من الفاضل في محكي التذكرة والامر سهل بعد أن علمت الحكم في المسألة على جميع التقادير .

أما احتمال أن المراد في مفروض المتن وغيره البطلان حتى مع ارادة الظرفية المعلوم سعتها ، فلاوجه له قطعاً ، بل يمكن تحصيل الاجماع على خلافه ، مضافاً الى العمومات و الخبر المتقدم سابقاً في الاجارة على الحمل إلى مكان معلوم في زمان معين والله هو العالم .

﴿ والأجير الخاص ﴾ الذي رسم في جملة من العبارات بالمنفرد ﴿ هو الذي يستأجر مدة معينة ﴾ شخصية على وجه الاستغراق ، والتقييد للعمل لاالشرطية ، فإن المتجه فيها حينئذ الخيار لفوات الشرط لاالاحكام المزبورة ، بخلاف ما إذا استأجره المدة المزبورة للعمل بنفسه كذلك ، فإنه يجري فيه الاحكام التي تسمعها ، سواء كان العمل مخصوصاً أولا ، وسواء كان حراً أوعبداً .

قيل : ومنه ايضاً من يستأجر لعمل معين أوّل زمانه اليوم المعين بحيث لايتوانى فيه بعده ، ضرورة كونه بمنزلة تعيين المدّة حينئذ .

وعلى كل حال ﴿ لايجوز له العمل ﴾ المملوك عليه بعقد الاجارة ﴿ لغير المستأجر ﴾ في المدّة المعينة ﴿ إلاّ باذنه ﴾ بل ولاغيره من الأعمال إذا كان على وجه ينافي العمل المستأجر عليه ، أمّا مالاينافيه فلابأس به قطعا كمالابأس بعمله في غير مدّة الاجارة كالليل حيث لايكون داخلاً ، فيجوز للخياط مثلاً إذا كان أجيراً خاصاً على الخياطة ، التعليم والتعلّم والعقد ونحو ذلك ممّا لاينافيها حالها ، كما يجوز للأجير على البناء فعله في الليل الآخر إذا لم يؤدّ إلى ضعف في الأوّل .

فما في المسالك ـ من احتمال المنع ، والرّوضة فيه وجهان من التصرّف في حق الغير وشهادة الحال ـ في غير محلّه ، أللّهم إلا أن يريد خصوص الذي تملّك سائر منافعه من أفراده ، لكن المتّجه فيه حينئذ المنع ، لكون المنفعة حينئذ مملوكة للمستأجر ، وإن كان الأجير متشاغلاً بغيرها له إلامع الفحوى .

نعم قد يتوقف في شمول بعض المنافع لووقع العقد بلفظ مطلق مثلا ، والمتجه فيه أيضاً الجواز مع فرض الشك في الإرادة كماهو محرر في نظائره .

وعلى كل حال فلا خلاف في عدم الجواز في المنافي المعلوم الاندراج نقلا وتحصيلا ، بل لعلّه مجمع عليه كذلك ، مضافاً إلى خبر اسحاق بن عمار [1] « سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يستأجر الرجل بأجر معلوم فيبعثه في ضيعته فيعطيه رجل آخر دراهم ويقول : اشتر بها كذا وكذا ، وما ربحت بيني وبينك ؟ فقال : إذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس » بناء على إرادة مايقتضي المنع من البأس في المفهوم والخاص من الأجير فيه ، ولو بمعونة ماعرفت .

فلو آجر نفسه على العمل المستأجر عليه مثلا فإن كان باذن وقع العقد للمستأجر ولو أذن له فيه ، لأنه كالاذن ببيع ماله لآخر على أنه له ، فإنّ البيع

(١) الوسائل الباب ـ ٩ ـ من ابواب أحكام الاجارة الحديث ـ ١

لايكون إلاّ لصاحب المال ، فيملك هوالثمن مالم يكن الاذن على جهة القرض و نحوه مماهوخارج عن الفرض .

نعم لوكان أجيراً خاصاً على عمل خاص ، وقد أذن له في عمل غيره مما ينافيه كان العقد له دون المستأجر ، لعدم كونه له ، ويحتمل كونه له مطلقاً ، للفرق هنا بأنّ الأجير الخاص لم يتشخص عمله ، كي يكون مملوكا للمستأجر وإنما هو معامل معاملته في غير الفرض .

ويحتمل العدم مطلقاً إلاّ أن يرفع يده عن الإجارة وإن كان من دون إذن ، وقيل : إن يعمل للمستأجر الأوّل شيئاً ولم يسلّمه نفسه كان كالفضولي ، باعتبار أنه كالعقد على ماهو لغيره ، فإن أجاز اخذ المسمّى من المستأجر الثاني مالم يكن قدقبضه الأجير ، وقد اجاز ذلك أيضاً فيأخذه حينئذ منه حتى لوفرض كون الاجرة عيناً مشخصة .

نعم لولم يجز له قبض العين المزبورة كان مخيراً بين مطالبتها معا بها كما هو واضح ، وإن أطلق في الرّوضة مطالبةمن هي في يده ، كوضوح مطالبته المستأجر خاصة بالأجرة ، إذالم يجزالقبض في المطلقة ، ثم هو يرجع على الأجير بماقبض مع جهله أو علمه وبقاء العين ، فمافي القواعد ـ من إطلاق التخيير له في المطالبة لكل منهما كأجرة المثل حينئذ إذا لم يجز ـ في غير محلّه ، و إن وجّه بأنّ الأجرة لاتزيل عدوان الموجر ، إلاّ أنه كماترى ، وإن لم يجز العقد بطل ، لماعرفت .

ولأنّ الحكم بصحّة الأولى يقتضي البطلان في الثانية ، ضرورة عدم امكان الحكم بصحتهمامعا ، ولاوجه لبطلانهما كذلك ، ولالبطلان الأولى فيتعين الأخيرة فلو فرض عمله للثاني مع ذلك و قبله ثم تعقبه عدم الاجازة كان المستأجر الأول مخيراً بين فسخ عقدنفسه للتبعيض عليه ، فيرجع إلى أجرته حينئذ ففي صحّةالاجارة الثانية حينئذ وعدمها وجهان ، تقدما في بحث الفضولي فيمن باع ملك غيره ثم ملكه، و بين عدمه فيطالب بأجرة المثل ، وكذا لوكان عمله بجعالة مثلا .

و احتمال الانفساخ باعتبار أنه كتلف المبيع قبل القبض ـ كما عن الشيخين وسلار وابي الصّلاح والمصنف في النافع ـ يدفعه منع كونه منه ، بل هو كغصب بعض المبيع قبل قبضه ، الموجب للخيار لا الانفساخ ، بل لعلّه كذلك أيضاً في اتلاف البايع له في وجه الذي هو نحو ما نحن فيه .

و على كل حال فلا يشكل شيئاً من ذلك أنّ الحرّ و إن صار أجيراً خاصاً إنّما يكون المملوك له العمل عليه في الذّمة ، فلا يتشخص من دون نيته ، بخلاف العبد و الدّابة و نحوهما مما تكون المنفعة فيه مملوكة تبعاً لملك العين ، و من هنا لايضمن منافعه بالفوات .

لأنّا نقول : ولا يمكن صيرورته كالعبد حينئذ بالاجارة بالنسبة الى ملك منفعته الخاصة . و ثانياً : انه و إن كان كليّاً في ذمته إلا انه باعتبار حصره عليه بالمباشرة و المدّة صار كالشخصي و جرى عليه حكم الفضولية و غيرها كما هو واضح .

ولو كان عمله للغير تبرّعاً وكان العمل مما له أجرة في العادة ففي الروضة «تخيّر مع عدم فسخ عقده بين مطالبة من شاء منهما بأجرة المثل ، و إلاّ فلا شيء و في معناه عمله لنفسه » وفيه ـ بعد تخصيص محلّ الفرض بالأجير الخاص الذي تملك سائر منافعه ـ ان المتجه الرجوع عليه خاصّة اذا فرض كون عمله للغير من غير علم أو من غير استدعاء ، فإنه لا يزيد على عبدالغير الذي يعمل في مال الغير بلا علم منه ، أو من غير استدعاء .

بل ينبغي القطع به ، كما في الأجير الخاص الذي قد ملكت منه منفعة خاصّة فعمل غيرها مما ينافيها للغير من غير استدعاء منه ، بل لو كان ذلك باستدعاء منه أو بعقد إجارة و إن كان فاسداً رجع على الأجير خاصّة بأجرة مثل عمله الذي فوّته عليه ، واستحق الأجرة على من عمل له بأمره أو بالاجارة الفاسدة ، أجرة المثل للعمل الذى عمله له ، لأنها عوض عمله ، ولا يملكها المستأجر الأوّل ، لأنها ليست عوض عمله الذى فات عليه .

و قال في الروضة : أيضاً « و لو حاز شيئاً من المباحات بنية التملك ملكه ، و كان حكم الزمان المصروف في ذلك ما ذكرنا أي الرجوع الى أجرة المثل إن لم يفسخ العقد» و فيه أنه يمكن دعوى ملكية المباح للمستأجر إذا كان أجيراً خاصاً مملوكة سائر منافعه على وجه يندرج فيه حيازة المباحات أو كان أجيراً خاصاً بالنسبة إليها لأنه حينئذ بناء على صحّة الاجارة على هذا الوجه يكون العمل البارز منه مملوكاً للمستأجر ، و تكون يده بسبب الإجارة يد المستأجر ، فيملكه حينئذ وإن نوى خلافه، لأنه بمنزلة من نوى التملّك فيما حازه غيره ، و بمنزلة حيازة العبد.

وربما يؤمي إلى ذلك في الجملة اجراء حكم الفضولية على عمل الأجير الخاص، كما عرفت .

هذا كلّه قبل عمل الأجير للمستأجر شيئاً و قبل أن يسلّمه نفسه ، أمّا إذا عمل له أو سلّمه نفسه ثم آجر نفسه ، ففي بعض كتب بعض مشايخنا « ليس للمستأجر الأوّل إلاّ أجرة المثل فيما بقي ، وليس له فسخ عقد نفسه ، سواء كان المستأجر الثاني استوفى المدّة أو لم يستوفها مستشهداً على ذلك بما ذكره غير واحد من الأصحاب ، بل جميعهم من أن غصب المؤجر والأجنبي بعد القبض لا يسلّط المستأجر على الفسخ .

ثم قال ـ فما وقع للشهيد الأوّل في الحواشي من أنّ له فسخ عقد نفسه ، فإن كان ذلك قبل أن يعمل الأجير له شيئاً فلاشيء عليه ، و إن كان بعده تبعّضت الإجارة ولزمه من المسمّى بالنسبة » و تبعه عليه ثاني الشهيدين و فاضل الرياض ، خلاف ماتقدم لهما ولكافة الأصحاب .

و فيه أنّ مرادهم بالأجير الخاص الذي ذكروا فيه الحكم المزبور الحرّ ، لأنه المنساق منه ، و تسليم العمل المستأجر عليه ليس إلا بابرازه ، أو بتسليم نفسه حتى تمضي المدّة ، و لا يقوم تسليم نفسه في بعض المدة مقام تسليم المنفعة بالنسبة إلى عدم الخيار ، و كذا فعل بعض العمل ، و حينئذ فيتجه الفرق بين ماهنا و بين ما ذكروه في غصب العين المستأجرة بعد تسليمها ، وإن كان من الموجر الذي هو كغصب المبيع

من المشتري كما هو واضح ، و يأتي إنشاءالله له مزيد تحقيق .

نعم يتم ماذكره في العبد الذي هو أجير خاص ، إلا أنه غير مرادلهم بالنسبة إلى الحكم المزبور ، و حينئذ فإن عمل للغير بعض المدة بأجرة تخير المستأجر الأول بين فسخ عقد نفسه للتبعيض ، و بين عدمه ، فيتخير في إجازة العقد الآخر على حسب ما عرفته ، و هل له فسخ عقد نفسه في خصوص المدة التي عمل فيهاللغير، احتمل ذلك ، إلا أن الأقوى العدم ، كما في التبعيض في البيع و الله أعلم .

﴿ولو كان﴾ الأجير ﴿ مشتركا جاز﴾ عمله في الجملة من غير إذن لنفسه ولغيره باجارة أو تبرعا ﴿وهو﴾ كما عن المبسوط و الوسيلة و التحرير و السرائر ﴿ الذي يستأجر لعمل مجرد عن المدة ﴾ تشخيصها أو عن استغراقها أو عن المباشرة أو عن جميع القيود أو بعضها ، فيكون حينئذ له أفراد متعددة ، و إن اقتصر في جامع المقاصد و المسالك على ثلاثة وهي المجردة عن المدة أو عن المباشرة أو عنهما ، كما أنه في خبر عمر بن خالد [1] عن زيد عن آبائه عليهم السلام الاقتصار في تفسير المشترك بعد السؤال عنه «بأنه الذي يعمل لي ولك» .

و لكن يمكن إرادة الجميع مالا ينافي ما ذكرنا ، بل يمكن استفادة اكثرها من نحوالمتن بحمل المدة في كلامه على المدة المعتبرة في الأجير الخاص ، وهي الشخصية المستغرقة للعمل ، و إن كان لايشمل المجرد عن المباشرة دونها .

و الأمر سهل بعد ما عرفت القيود المعتبرة في الأجير الخاص ، فإن المشترك حينئذ هو فاقدها ، أو بعضها كسهولة الوجه فيما سمعته ، من أن حكمه الجواز ، للاصل و العمومات السالمة عما يعارضها ، حتى المنافاة بين الاجارتين ، ضرورة عدمها ، لأن العمل المستأجر عليه فيه ، ليس هو إلا كدين في ذمته، ولذا عرفه في محكي الانتصار و الغنية و التذكرة و المختلف بأنه الذي يستأجر على عمل في الذمة ، بل عن ظاهر الأولين الاجماع عليه ، و يقرب فيه ما عن التنقيح من أنه الذي يستأجر

---

(١) الوسائل الباب ـ ٣٠ من ابواب احكام الاجارة الحديث ـ ١٣

لعمل مطلق معين ، أو لزمان مطلق مضبوط مجرّد عن المباشرة .

و ما عن مجمع البرهان من أنّه الذي يعمل عملاً معلوماً في زمن معين كلي، إمّا مع تعيين المباشرة أومطلقا، فلاينافيه حينئذ دين آخر عليه ، بل لاينافيه صيرورته أجيراً خاصاً لآخر .

نعم قديكون على وجه تحصل المنافاة بينهما ، كأن يوجر نفسه مدة حياته مع تعيين المباشرة ، فلايجوز حينئذ كما في الرياض ، للمنافاة بينه و بين عمل ما استوجر عليه للأوّل ، و هو في معنى الخاص بالإضافة إلى قدر المدّة للعمل الأوّل ، و إن كان قد يناقش في أصل صحّة المثال بالغرر ، وفي جريان ما سمعته من أحكام الأجير الخاص عليه أيضاً ، كالفضولية و نحوها ، بل أقصاه عدم مضي الأجارة الثانية المنافية بل بناء على عدم النهي عن الضدّ احتمل بعضهم الصحة كما ستسمعه .

و منه يعرف ما في المحكي عن الشهيد من القول بأنّ الإطلاق في كل الاجارات يقتضي التعجيل ، و أنه تجب المبادرة إلى ذلك الفعل ، فإن كان مجرّداً عن المدّة خاصّة فبنفسه ، و إلا تخير بينه و بين غيره ، و حينئذ فيقع التنافي بينه و بين عمل آخر في صورة المباشرة ، و فرّع عليه عدم صحّة الاجارة الثانيةفي صورة التجرّد عن المدّة مع تعيين المباشرة ، كما منع ، في الأجيرالخاص .

و يرشد إليه ما تقدم في الحجّ من عدم صحة الاجارة الثانية مع اتحاد زمان الإيقاع نصّاً أو حكماً كما لو أطلق فيهما ، أو عين في احداهما بالسنة الأولى ، و أطلق فيالأخرى ، إلا أنه في الروضة بعد أن حكاه عنه قال : «و ما ذكره أحوط، لكن لا دليل عليه إن لم نقل باقتضاء مطلق الأمر الفور » و مقتضاه أنّ دليله واضح إن قلنا باقتضائه ، مع أنّ في المسالك قال : « لو سلمنا حينئذ ذلك فالأمر بالشيء انّما يقتضي النهي عن ضدّه العام ، و هو الأمر الكلي لا الأفراد الخاصّة ـ

سلّمنا لكن النهي في غير العبادة لا يدلّ على الفساد ، و ما ذكره في الحج ليس بحجّة بمجرّده ويتفرّع علىذلك وجوبمبادرة أجير الصلاة إلى القضاء بحسب

الا مكان ، و عدم جواز إجارته نفسه قبل الا تمام ، و أمّا تخصيص الوجوب بصلوات مخصوصة و أيام معين فهو من الهذيانات الباردة و التحكمات الفاسدة» .

قلت التحقيق عدم اقتضاء الا طلاق التعجيل ، لعدم فهمه من العقد ، و عدم الدليل عليه من الشرع ، و الحج بعد تسليمه إنما هو لدليل خاص ، ولا ينافي ذلك اقتضاء العقد الحلول المقابل للتأجيل ، لأنه أعمّ من التعجيل المزبور .

بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بعدم وجوبه ، حتى مع المطالبة المقتضية وجوب الدفع على حسب مااقتضاه العقد من الفعل في أزمنة الا مكان علي المتعارف المستفاد من إطلاق الأمر بالوفاء ، وليس هو كالدين الذي يجب تعجيله بالمطالبة مع الا مكان ، لعدم الدليل بل ظاهر اطلاق الأمر بالوفاء يقتضي خلافه ، مضافاً إلى السيرة في عدم التعجيل المزبور في ساير الأعمال المستأجر عليها على وجه الا طلاق .

و لو سلّم فالا نصاف اقتضاؤه الفساد في الاجارة الثانية ، مع اعتبار المباشرة فيهما ، و عدم رضا الأوّل بالعمل لغيره بناء على النهي عن الضدّ ، ضرورة كون العمل المستأجر عليه ثانياً محرماً عليه حينئذ ، فلا تصح الا جارة ، فما سمعته من المسالك لايخفى ما فيه .

بل قد يقال بالفساد ، و إن لم نقل بالنهي عن الضدّ ، باعتبار اقتضاء الفورية المفروضة عدم التمكن شرعاً من غيره .

و لعلّه إلى ذلك أوما في الروضة بما سمعته منه ، مع احتمال الصحة و تسلّط المستأجر الثاني على الخيار إذا كان جاهلاً بالحال ، بل قد يحتمل ذلك أيضا بناء على النهي عن الضدّ ، أيضاً ، ضرورة إقتضاء ذلك الحرمة مع المنافاة دون غيرها ، كما لو آجره بعد ذلك ، فيتسلط المستأجر على الخيار حينئذ مع جهله بذلك.

كما أنه قيل في حكم مانحن فيه من الأجير المشترك إذا كان فاقد المباشرة خاصة دون المدّة أنّ له إجارة نفسه من الغير إجارة مطلقة ، و في المدة مع تعيين المباشرة و بدونها ، فإذا طالبه المستأجر الأول بما استأجره عليه أداه له بنفسه أو

بغيره ، فلو عصى و لم يفعل كان له فسخ عقد نفسه ، فلولم يفسخ طالبه بأجرة المثل عنه في ذلك المدّة ، وليس لهفسخ عقد غيره ولامطالبته بأجرة المثل ، و إذاكان فاقد المدّة دون المباشرة فيجوز له إيقاع إجارة مطلقة .

وأمّاالخاصة فقديحتمل المنع ، والأقوى الجواز إذا لم تكن على وجهتحصل المنافاة فيه ، لإمكان الجمع حينئذ بفعل الأولى بعد مضي زمان الإجارة الثانية .

نعم لوطلبه منه،فلم يفعل فله فسخ عقد نفسه ، و الرضى بالعمل متى ما عمله ، و ليس له المطالبة بأجرة المثل لكلّ من الموجر و المستأجر ، و لا فسخ العقد ، وإذا كان فاقدهما جازله الإجارة المطلقة و الخاصة ، و له فسخ عقد نفسه أيضاً بالتأخير الكثير إذا طلبه منه ، فلم يفعل و هو جيّد .

و إن كان يمكن المناقشة فيأجرة المثل في الأوّل الذي تذكر المدة فيهعلى جهة الشرطية ، و في الخيار فيه ، بل في الثلاثة بعدم الفعل مع المطالبة ، و لو مع التأخير الكثير الذي ينبغي التقييدبه في الثاني أيضاً ، بأن المتجه في الأول التسلط على الخيار ، لفوات الشرط ، لا أجرة المثل ، و في الثاني الزام الحاكم له بالتسليم في أوّل أزمنة الإمكان ، لاالخيار .

إلّا أنه قد تدفع الأولى بأنّ الفرض التشخيص في المدّة ، لكن يتّجه فيه الإنفساح حينئذ لا الخيار ، و بأنّ الخيار هو الجابر لما يفوت من حيث المعاوضة ، كما لايخفى على من لاحظ موارده فتأمل و الله هو العالم .

﴿وتملك المنفعة بنفس العقد كما تملك الأجرة به﴾ بلاخلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافا إلى أنّ ذلك مقتضى العقد ، و المراد من انشائه ، بل هو مقتضى مادلّ على إفادة العقد الملك ، و تسبيبه له من «أوفوا» و غيره ، لأصالةعدم اعتبار أمر آخر عليه ، كما أنّه مقتضى مادلّ على حصوله بالإستيجار المتحقق بالعقد، نحو الشراء و البيع ، بل لم يقل أحد بالفصل بينهما.

ولا ينافي ذلك توقفه في بعض أفراد العقد على أمر آخر، كالقبض في الصرف و

نحوه للدليل ، خلافلاً لبعض العامة، فزعم عدم ملك المنفعة بالعقد ، لأنّها معدومة ، و إنّما يملكها على التدريج بعد وجودها وحدوثها على ملك الموجر ، و ملك الأجرة تابع لملك المنفعة ، فلا يملكها الموجر إلا تدريجاً ، وهو كما ترى .

﴿و هل يشترط﴾ هنا ﴿ اتصال مدّة الاجارة ﴾ لو كانت مقدّرة ﴿بالعقد﴾ فلو كانت منفصلة لم يصح ﴿قيل﴾ : و القائل الشيخ ﴿نعم ، ولو أطلق بطلت﴾ قال في المحكي من مبسوطه : لو آجره الدار في شهر مستقبل بعد ما دخل حين العقد ، فإنّه لا يجوز ، وقال في المحكي من خلافه : إذا قال : آجرتك الدار شهراً و لم يقل من هذا الوقت و أطلق فإنّه لايجوز .

و كذا لو آجره الدار في شهر مستقبل بعد مادخل ، فإنه لايجوز ، لأنّ عقد الاجارة حكم شرعي ، ولا يثبت إلاّ بدلالة شرعية ، و ليس على ثبوت ذلك دليل .

﴿وقيل﴾ والقائل الأكثر ﴿الإطلاق يقتضي الإتصال ، و هو أشبه﴾ بمراعاة أصالة إرادة المسلم الوجه الصحيح ، و لفهم أهل العرف ذلك حتى صار كأنّه وضع عرفي ، كما يشهد له النصوص الدالة على الصحة في المتعة مع الإطلاق ، و كان غرض المصنف بهذه العبارة خصوصاً بعد ذكر مسألة الانفصال التعرض لتنزيل الإطلاق على الاتصال و عدمه .

لكن فيه أنّ مثل ذلك لا يؤدّى بمثل هذه العبارة كما هو واضح ، بل ليس وظيفة الفقيه التعرض لمثله ، ضرورة كون المدار على الفهم العرفي .

بل يمكن أن يكون مراد الشيخ من الإطلاق الذي حكم ببطلانه الكلي الذي هو حقيقة اللفظ مفرّعا له على اعتبار الإتصال في الصحة ، و الكلية أعمّ منه ، فيبطل ، فالمناسب البحث معه في ذلك ، و أنه بناء على عدم اعتبار الإتصال كما هو التحقيق تجوز الكلية ، أو لابدّ من التعيين ولو في زمان متأخر عن العقد ، يحتمل الأوّل لإطلاق الأدلّة و عمومها .

و ربّما يشهد له جملة من كلمات الأصحاب في مسألة آجرتك كلّ شهر

بدرهم ، و أمثلتهم ، و في مسألة الأجير المشترك ، و المختص ، و امثلتهم في مسألة تقدير المنفعة بالعمل و المدّة ، بل كاد يكون صريحا في جامع المقاصد في المقام ، و الأخير و ظاهر بعضهم ، و صريح آخر الثاني للجهالة و الغرر .

وقد يقوى التفصيل بين الأعيان و الأعمال فيعتبر التعيين في المدّة في الأولى ، دون الثانية التي مرجع المدة فيها إلى تقدير نفس العمل ، بل في محكي التذكرة نفي الخلاف من اعتبار التعيين في الأولى و إذا أمكن تنزيل عبارة المتن على البحث عن ذلك كان أولى .

﴿و﴾ كيف كان ﴿فلو عين شهراً﴾ معيناً ﴿متأخراً عن العقد قيل﴾ والقائل الشيخ كما سمعت و أبو الصّلاح ﴿تبطل﴾ لما عرفت ولعدم القدرة على التسليم ﴿والوجه الجواز﴾ و فاقا للمشهور ، بل في محكي التذكرة الاجماع عليه، بل عن السرائر بعد حكاية ما سمعته من المبسوط ما نصّه لم يذكر يعني في المبسوط أنّ ذلك قولنا ، أو قول غيرنا ، و لا يظن ظان أن ذلك قول لأصحابنا إلى آخره لعموم الأدلة .

ولأن شرط الاتصال يقتضي عدمه ، لأن كلّ واحد من الأزمنة التي تشتمل عليها مدّة الاجارة معقود عليه ، وليس غير الجزء الأوّل متصلاً بالعقد ، و متى كان إتصال باقي الأجزاء غير شرط ، فكذا إتصال الجميع ، و القدرة على تسليم المعقود عليه متحققة كما هو واضح ، والله العالم .

و كيف كان فقد عرفت أن المستأجر يملك المنفعة بالعقد ، كما أنّ المؤجر يملك الأجرة به إلا أنّه ملك غير مستقر ، و إنما يستقر بالاستيفاء بلاخلاف ﴿و﴾ لا إشكال أو بما هو في حكمه كما ﴿إذا سلّم العين المستأجرة﴾ المستأجر و قبضها ﴿و مضت﴾ مدة الاجارة لو كانت مقدّرة بها أو ﴿مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة﴾ لو كانت مقدّرة بالعمل ، سواء إستوفى أم لا ، لعذر أم لا ، كما عن التذكرة التصريح به ، فإنه إذا كان كذلك ﴿لزمته الاجرة﴾ بلاخلاف معتدّ به ، حتى لو كانت الاجارة فاسدة ، و إن كان اللازم فيها أجرة المثل.

فما عن التذكرة و التحرير ـ من احتمال عدم شيء له فيها ـ في غير محله ، بل لا فرق في ذلك كلّه بين العين الشخصية و الكلّية ، و التقدير بالمدّة و العمل، لعموم الأمر بالوفاء ، و استصحاب الملك ، وعدم المانع من قبل الموجر ، و كون العين مضمونة المنافع في يده .

و الخبر [1] « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضاً فقال : أجرنيها بكذا إن زرعتها ، أو لم أزرعها أعطيتك ذلك ، فلم يزرعها الرجل قال : له أن يأخذ ، إن شاء ترك و إن شاء لم يترك » .

و خبر ابن يقطين [2] « سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكترى السفينة سنة أو أقلّ أو أكثر قال : الكرى لازم إلى الوقت الذي اكتراه إليه و الخيار في أخذ الكرى إلى ربّها ، إن شاء أخذ و إن شاء ترك » .

و نحوه خبر عليّ ابنه [3] وخبر سهل [4] و خبر ابي بصير [5] بل الظاهر أنّ المراد من الحكم فيها بلزوم تمام الكرى إلى الوقت دفع وهم احتمال نقص الكرى بقدر التعطيل ، لو تعطلت في بعض المدة ، و اجماع الغنية على ما إذا استأجر دابّة ليركبها إلى مكان بعينه ، فسلّمها إليه فأمسكها مدّة يمكنه المسير فيها ولم يفعل ، و غير ذلك .

و حينئذ فقول المصنف ﴿ و فيه تفصيل ﴾ في غير محله ، و إن حكي عن نسخة قرئت على المصنف أنّه وجد مكتوبا عليها أنّ المراد إن سلّم العين و كانت مقيّدة بمدّة معينة لزمت الأجرة انتفع أم لا ، و إن كانت على عمل كالدّابة تحمل المتاع لزمت في المدّة أجرة المثل ، والاجارة على العمل باقية ، و هو أحد الوجوه المحتملة فيه، في المسالك ، فإنه احتمل أن يكون المراد منه الفرق بين المعينة فتستقر دون المطلقة ، أو بين المعيّنة بوقت ، دون المتعلقة بالذّمة مجردة عن الزمان ، فتستقر في

---

(١) الوسائل الباب -١٨- من ابواب احكام الاجارة الحديث - ١ .

(٢) و (٣) و (٤) و(٥) الوسائل الباب - ٧ - من ابواب احكام الاجارة الحديث -١ و ذيله .

الأولى دون الثانية ، لأن جميع الازمنة صالحة لها ، أو بين الحرّ و غيره فتستقر في الثاني دون الأوّل .

لكن الأوّلين كما ترى ، و إن حكي أوّلهما عن الشيخ ، و ثانيهما عن المهذّب البارع و ايضاح النافع ، و أما الثالث فليس مشمولا للعبارة ، ضرورة إرادة العين المملوكة على أنه سيصرح بخلافه في الاستيجار على قلع الضرس الشامل للحر و غيره ، بل قوله .

﴿ و كذا لو استأجر داراً و تسلمها و مضت المدة و لم يسكن ﴾ ظاهر في كون المراد من الأوّل غير المعيّنة بوقت فلا معنى لحمل التفصيل عليه ، فيتعين حينئذ حمله على الأوّل .

لكن فيه أيضاً أنه إن كان المراد بالمطلقة غير المعيّن من الدّابة ، كما لو استأجر منة دابة كلية موصوفة فدفع إليه الموجر المطابقة و مضت مدة يمكن فيها الاستيفاء ولم يستوف فالمتجه حينئذ كونها كالشخصية بالقبض ، لأنه مشخص للكلي و إن أراد بالمطلقة الإجارة المطلقة بمعنى استيجاره مثلا على حمل شيء إلى مكان معلوم من غير تعيين للحامل دابّة أو غيرها ، فدفع دابّة لذلك ولم يستوف ، فهو و إن كان يمكن منع استقرار الأجرة ، بمضيّ المدّة في مثله ، إلا أنّه مناف لما فرض المسألة فيه ، و هو تسليم العين المستأجرة ، ضرورة عدمها في الفرض .

أللهم إلاّ أن يراد بها ما يشمل ذلك ، و الأمر سهل في المراد من العبارة بعد معلومية الحكم على كل تقدير .

و مثل التسليم في ذلك كلّه بذل الموجر العين للمستأجر حتى مضت المدّة المزبورة ، فلم يأخذها المستأجر بلاخلاف أجده فيه بين من تعرض له ، للأدلة السابقة.

نعم ليس هنا أجرة المثل مع فرض فساد الاجارة ، لعدم القبض ، ولكن قد يشكل ذلك في غير العين المشخصة المقيّدة بزمان ، بأنّ الحال فيه كدفع المديون الدين ، فامتنع الديّان من قبضه ، وقد ذكر هناك غير واحد قيام الحاكم مقام المالك في

القبض، بل قيل : فإن لم يكن فعدول المؤمنين ، وإن كان قد يناقش في قيامهم مقامه هنا بما ذكرناه في محلّه ، فينحصر الأمر حينئذ في الحاكم ، فإن لم يكن كان تلفه من الديان .

و على كل حال يتجه الحكم هنا بذلك ، أللّهم إلاّ أن يستند إلى الأدلة السابقة ، مؤيداً بأنّ القبض الذي تدور عليه هذه الأحكام عبارة عن التخلية التي قد فرض حصولها ، فلا يحتاج إلى الحاكم حينئذ ، لصدق القبض حينئذ فتأمّل جيداً .

ولو دفع المستأجر على عمل عيناً إلى الأجير ليعمل فيها العمل ، و كانت الإجارة مقدّرة بالزمان حقيقة أو حكما ، كما لو ذكر ابتداء العمل في وقت معين ، ثم لا يتوانى فيه حتى يتم فمضت المدّة التي يمكن فيها العمل ، فلم يفعل ، و طلب المالك العين فلم يدفعها له ، صار غاصبا ، بل و إن عمل بعد ذلك لم يستحق أجرة ، و إن لم يطلبه المالك .

نعم لو لم تكن مقدّرة بالمدة فالظاهر استحقاق الاجرة و ان طلبه المالك منه ، بل و كذا لو كانت المدة مذكورة شرطاً وإن تسلط على الخيار بفوات الشرط لكنه يستحق حينئذ أجرة المثل ﴿ أو استأجر الحرّ ﴾ أو عبده ﴿ لقلع ضرسه ، فمضت المدّة التي يمكن ايقاع ذلك فيها ﴾ وكان الموجر باذلا نفسه له ﴿ فلم يقلعه المستأجر ، استقرت الأجرة ﴾ أما في العبد الذي قد تسلمه فواضح ، لأنه من العين المستأجرة التي قد عرفت الكلام فيها ، و أمّا الحرّ فهو و إن كان قضية إطلاق المتن و محكي المبسوط و السرائر و التحرير و الارشاد ذلك فيه أيضاً ، بل عن التذكرة أنه الأقرب ، بل في المسالك الجزم به ، لبعض الأدلّة السابقة .

لكن قد يشكل بما في جامع المقاصد ومحكي مجمع البرهان من أنّ منافع الحرّ لا تدخل تحت اليد إستقلالا ولا تبعاً ، لعدم ملكية العين ، و لذا لاتضمن إلا مالاستيفاء .

بل قيل : إنه خيرة غصب الشرايع و التحرير وجامع المقاصد و تعليق الارشاد

والمسالك والروضة والرياض ، وقد يدفع بأن منافع الحرّ بعد العقد عليها و استحقاقها صارت مالاً ، فمتى بذلها لمستحقها فلم يقبلها كان تلفها منه ، نحو غيرها من الأموال .

نعم يأتي الكلام السابق فيما إذا لم تكن مقيدة بزمان حقيقة أوحكما من اعتبار تعذر الحاكم وعدمه ، هذا كلّه مع بقاء الألم الذي يقلع الضرس له عادة .

﴿ أمالو زال الألم عقيب العقد سقطت الأجرة ﴾ لتعذر متعلقها شرعا باعتبار عدم جواز القلع ، وإدخال الألم على النفس بغير ضرورة ، فلا يصحّ الاستيجار عليه، إذهو حينئذ كالاستيجار على قطع اليد ونحوه من غير سبب يوجبه ، أمّا لوفرض وجود سبب كالأكلة ونحوها ممّا يقطع بها عند العقلاء جاز بلا إشكال ولا خلاف كما هو واضح والله العالم .

﴿ ولو استأجر شيئاً ﴾ معيناً ﴿فتلف قبل قبضه بطلت الإجارة ﴾ بلاخلاف أجده فيه كما اعترف به في محكي التذكرة لفحوى مادلّ عليه في البيع من النبوي [١] وخبر عقبة [٢] وغيرهما ، بل ظاهر الأصحاب في المقام اتّحاد الحكم في المقامين ، وأنّ المنفعةهنا بمنزلة المبيع ، والأجرةهنا بمنزلة الثمن .

ومن هنا يتجه جريان جميع ماتقدمهناك في المقام ، كالبحث عن تلف الثمن ، المعيّن ، وعن التلف بغير الآفة السماوية كتلف الأجنبي ، والبايع والمشتري ، وعن تقيد الحكم بما إذا لم يكن عدم القبض من امتناع المستحق ، أو بسؤاله البقاء في يد البايع ، وغير ذلك مماتقدمهناك فلاحظ وتأمل .

لكن قديقالهنا إنّ الوجه في التعدية المزبورة مع اختصاص الدليل في البيع هو بناء أمثال هذه العقود على المعاوضة الشرعية والعرفية التّي هي بمعنى تبديل سلطنة بسلطنة، بل لعلّ ذلك من مقوماتها ، فتعذره حينئذ يقتضي انتفاؤها .

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٢٧٣ .

(٢) الوسائل الباب – ١٠ من ابواب الخيار الحديث – ١ .

لكن لايخفى عليك منافاة ذلك لكثير مما تقدم فيذلك المبحث ، ضرورة ابتنائه على أنّ الأصل اللزوم ، وأنّ العقد قدتم مقتضاه الذي هو حصول الملك لكلّ من العوضين ، فتلف كل منهما حينئذ من مال مالكه إنلميكن بجناية جان ، وإلاّ فعلى المتلف ، إلاّ أنه خرج التلف قبل القبض عن هذا الأصل بالدليل المزبور ، فينبغي الا قتصار على مؤدّاه ويبقى ماعداه على الأصل .

أللّهم إلاّ أن يقال : إنّ التعدية عن مفاد الدليل المزبور هناك وهنا دليل على فهم أنّ مبناه ذلك ، وإثبات الخيار في اتلاف الأجنبي والبايع لإمكان المعارضة في الجملة بقاعدة من أتلف ، المفقودة مع التلف بآفة سماوية كما أنّ اللزوم بإتلاف المشتري باعتبار كونه كوصول العوض إليه ، لضمانه له لوانفسخ العقد ، ولذالميثبت خيارهنا ، بخلافه في سابقه المناسب لوضع الخيار ، باعتبار فوات حقيقة المعاوضة وثبوت مجازها بقاعدة من أتلف ، أمّا الآفة السماوية فقد انتفيا معاً ، ولذلك انفسخ العقد .

وكأنّ العلاّمة نظر إلى ذلك فجعل التلف كاشفاً للفسخ من الأصل ، باعتبار أنّ حصول المعاوضة العرفية شرط في حصول المعاوضة الشرعية ، وإن كان قديدفع بمنع مايدلّ على ذلك .

بل أقصى مايسلّم أنّ إمكانها شرط في صحّتها ، واستدامة الامكان الىحصول القبض شرط في الإستدامة ، ولذا كان مذهب الأكثر الإنفساخ من حينه ، لامن الأصل والله اعلم .

﴿وكذا﴾ الكلام ﴿لوتلفت عقيب قبضه﴾ بلا فاصلة ، بعد ماعرفت أنّ المنفعة هي التي بمنزلة المبيع ، ولا ريب في تحقق تلفها قبل قبضها ، وإن كان بعد قبض العين التي تستوفى منها ، وليس في الأدلّة مايقضي بأنّ قبض العين للمنفعة بالنسبة إلى ذلك ، وإن كان هو كذلك بالنسبة إلى استحقاق تسليم الأجرة ونحوه .

﴿أمّا لوانقضى بعض المدة ثمّ تلف ، أوتجدد فسخ الاجارة﴾ بسبب من أسبابه ﴿صحّ فيمامضى ، وبطل في الباقي﴾ كتلف بعض المبيع ﴿و﴾ حينئذ فـ﴿يرجع

من الاجرة بما قابل المتخلف من المدة﴾ مثلاً إن ثلثاً فثلث ، وإن نصفاً فنصف مع تساوي الاجزاء ، وإلا كما لوكان أجرةالشتاء غير الصيف قوّم أجرة مثل جميع المدّة ثم تقوم الأجزاء السابقة على التلف ، وتنسب إلى المجموع ، ويؤخذ من المسمى بتلك النسبة ، وكذا الكلام في المنفعة المقدّرة بالعمل .

هذا كله إذا وقع عقد الإجارة على عين مشخصة ، أمّا إذا كانت كلية وقد دفع الموجر فرداً ، فتلف عند المستأجر ، فالظاهر عدم انفساخ الإجارة ، بل ينفسخ الوفاء المزبور ، ويستحق عليه فرداً آخر ، ودعوى تشخيص الحق فيه ممنوعة ، كما عرفته سابقاً في نظايره .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿لابدّ من تعيين مايحمل على الدابّة إمّا بالمشاهدة﴾ كما صرّح به جماعة ، بل عن التذكرة أنها من أعلى طرق العلم . نعم فيها أيضاً « أنه لوكان في ظرف وجب أن يمتحنه باليد تخميناً لوزنه » ولعل مراده أنّ المحمول إذا كان فيظرف ، ولم يعلم أنّه من أي جنس ، والفرض اختلاف الأجناس في الثقل والخفّة ، وجب امتحانه باليد ونحوه ، أمّا إذا كان مشاهداً على وجه يعرف جنسه ، فالظاهر الإكتفاء بها على الإمتحان باليد ونحوها .

وكأنّه إلى ذلك أشار في المسالك بقوله « لما كان الضابط التوصل إلى مايرفع الجهالة ، لم يكف مطلق المشاهدة ، بل لابد معها من امتحانه باليد تخميناً لوزنه إن كان فيظرف ، لما في الأعيان من الإختلاف في الثقل والخفّة مع التفاوت ولافرق في الإكتفاء بالمشاهدة بين المكيل والموزون ، وبين غيرهما ، وعدم الاكتفاء بها في البيع ، لكون المراد هنا القدر الذي لاتكفي هي فيه ، بخلاف المقام الذي يراد فيه الحمل الموقوف على معرفة الثقل والخفة ، الذين لامدخلية لمعرفة المقدار فيهما ، ضرورة محسوسيتهما بالمشاهدة ، والإمتحان باليد ونحو ذلك كما هو واضح .

﴿ وإمّابتقديره بالكيل اوالوزن﴾ او غيرهما ﴿ مما يرفع الجهالة ﴾ التي هي المانع في المقام ، و لذا لم يكتف بهما أي ـ الكيل والوزن ـ في غير المقدار ، ضرورة

اختلاف الجنس أيضاً في ذلك أيضاً ، فلابدّ من معرفته معهما ، إذ القطن يضرّ من جهة انتفاخه و دخول الريح فيه، فيزداد ثقله في الهواء ، كما أن الحديد يجتمع على موضع من الحيوان ، فربما عقره ، بل تحميل بعض الأجناس أصعب من بعض ، و يحتاج في الحفظ إلى أزيد من الآخر .

فاطلاق المصنف كالمحكي عن غيره محمول على إرادة الاكتفاء بهما من حيث المقدار ، لا بالنسبة إلى مثل ذلك ، على أنّ المصنف سيصرح بوجوب ذكر الجنس و الصفة و القدر في غير المشاهدة .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿لايكفي ذكر المحمل مجرداً عن الصفة ولا راكب غير معين لتحقق الاختلاف في الخفّة والثقل﴾ بل ﴿ولا بدّ﴾ من مشاهدتهما ﴿مع ذكر المحمل من ذكر طوله وعرضه وعلوه، وهل هو مكشوف أو مغطى ، وذكر جنس غطائه﴾ بل و الوطاء و جنسه و عدمه ، و في الاكتفاء بوصف الراكب بالضخامة و النحافة ليعرف الوزن تخميناً نظر .

بل وخلاف : فمن المبسوط و فقه الراوندي أنه لا يمكن العلم بالراكب إلا بالمشاهدة ، بل لعلّه ظاهر الوسيلة و التحرير و الإرشاد و غيرهما ، لأن الرجل قد يكون طويلا خفيفا وقصيراً ثقيلا،مضافاً الى اختلاف الرجال في الحركات والسكنات، و الوصف لايضبط ذلك كله ، ولا يفيده ، فيكون غرراً .

بل ربما قيل : إنّ المشاهدة وحدها لاتفيد ذلك كله ، بل لابدّ معهما من ذكر الحركات و السكنات قلة و كثرة ، و في جامع المقاصد و المسالك و عن التذكرة و الإيضاح الاكتفاء بذلك إذا كان تاماً مشتملا على ذكر الوزن و الطول ، و القصر و الضّخامة و النحافة ، و الحركات و السكنات و نحو ذلك .

بل لعله لاحاجة الى ذكر الاخيرة ، لأنها اختيارية ، بل إن لم يحصل إجماع أمكن القول بما عن مالك من عدم الحاجة إلى تعيين الراكب بشيء من ذلك ، لتقارب الأجسام في الغالب ، وللتسامح في مثل هذا التفاوت و للسيرة .

نعم لو كان خارق المعتاد في الثقل احتج إلى المشاهدة أو الوصف القائم مقامها فتأمل جيّدا .

﴿و كذا﴾ لك الكلام فيما ﴿لو استأجر دابّة للحمل﴾ فانه ﴿لابد من تعيينه﴾ أي المحمول ﴿بالمشاهدة أو ذكر جنسه و وصفه وقدره﴾ لتوقف رفع الجهالة والغرر على ذلك ، و لعلّ ما تقدم كان في الدابة التي قدرت منفعتها بالمدة التي مثّل بها المصنف سابقاً لذلك ، بخلاف هذا فانه في الدابة المقدّرة بالعمل .

لكن فيه أوّلاً أنه ينبغي ذكر الجنس و الوصف هناك أيضاً كما هنا ، وثانياً أنه قد يقال : مع التقدير بالزمان لا حاجة الى التعيين بالمشاهدة ، و لا إلى غيرها ، فانه يجوز إجارة الدابّة للحمل مدة معينة مي غير تعيين للمحمول ، لكن لا يتجاوز المستأجر المعتاد كما يجوز الاستيجار للخياطة يوماً من غير تعيين أنّها فارسيّة أو رومية ، لعدم الغرر .

بل هو أولى بالجواز من الاستيجار للخدمة مثلا ، أو لمطلق الانتفاع به ، على معنى أنه يملّكه بعقد الاجارة سائر منافعه مدّة معينة ، فينتفع به المستأجر ما شاء .

نعم يعتبر التعيين مع إرادة الخصوصية ، و يمكن أن يحمل على ذلك كلام المصنف و غيره و جامع المقاصد فيما لو قدّر البناء بالزمان ، قال : ظاهر كلامهم أنّه لا يشترط ذكر شيء من الأمور الثلاثة التي لابدّ منها لو قدّر بالعمل ، و هي الطول و العرض و السمك ، بل فيه أيضاً ذكر تعيين المحلّ و الآلة من لبن أو طين مثلاً احتمالاً .

و كذا صرّح بعضهم بل غير واحد أيضاً بعدم الحاجة فيما لو استأجره لعمل اللبن إذا قدّر بالزمان إلى معرفة القالب و نحوه ، و فيما لو استأجره لحفر بئر أو نهر إلى معرفة الطول و العرض و العمق و نحوه مع التقدير بالمدّة فلاحظ وتأمل.

﴿و كذا﴾ لابدّ من اشتراط المعاليق أي الآلات كالقربة و الاداوة والسفرة و

نحوها ، إذا لم تكن هناك عادة تقضي بها بل ﴿لايكفي﴾ حينئذ ﴿ذكر﴾ ها أي ﴿الآلات المحمولة مالم يعين قدرها و جنسها﴾ للغرر .

نعم لو شاهدها أو قدّرها وعرف جنسها إرتفع الغرر ، كما أنه لو كانت هناك عادة تقتضي ذلك لم يحتج إلى شيء من ذلك كما هو واضح .

﴿و﴾ كذا الكلام في الزاد فلابد حينئذ من اشتراطه مع عدم العادة بل (لايكفي اشتراط حمل الزاد مالم يعيّنه) أو يشاهده على حسب ما عرفت ، أمّا إذا كانت هناك عادة في حمله و في مقداره ، فلا حاجة إلى الاشتراط ، و إن اختلفت بالنسبة إلى طول السفر و قصره ، و كثرة اتباع الشخص و قلّتهم و نحو ذلك . فإنه غير قادح كما لا يقدح التفاوت اليسير في أفراد المعتاد الذي يتسامح في مثله .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿اذا فني﴾ كلّه أو بعضه بالأكل المعتاد ﴿ليس له حمل بدله﴾ من زاد فضلاً عن غيره ﴿مالم يشترطه﴾ لابتنائه في العادة على عدم البقاء ، وعلى عدم الابدال ، فما عن المبسوط ـ من أنه إن أكله أو أكل بعضه كان له إبداله و إكماله على الأقوى ، بل عن التحرير أنه ليس بردي ـ في غير محلّه .

لكن في محكي التذكرة محل النزاع ما اذا كان يجد الطعام في المنازل المستقبلة بسعر المنزل الذى هو فيه ، أمّا إذا لم يجده أو وجده بثمن أغلى فله الإبدال لامحالة ، بل عن المبسوط والتحرير مثل ذلك ، قلت : محلّ البحث أنه إذا استحق حمل الزاد للعادة يستحق حمل عوضه لو فني بالأكل كغيره مما استحق نقله ، أو أنّ العادة تقضي به على هذا الحال ، فلا يستحق حينئذ الابدال .

نعم لو اشترط الإبدال صحّ كما أنه لو ذهب بسرقة أو سقوط أو نحوهما كان كذلك بلاخلاف في محكي المبسوط ، حتى لو أطلق اشتراط عدم الإبدال مع الأكل، ضرورة تنزيله على المعتاد .

﴿فإذا استأجر دابة﴾ معينة ﴿اقتصر على مشاهدتها فإن لم تكن مشاهدة﴾ بل غائبة أو كانت كلية ﴿فلابدّ من ذكر جنسها﴾ كالإبل ﴿و وصفها﴾ على وجه يرتفع

معه الغرر في الإجارة بذكر النوع من العرابي والبخاتي ﴿و كذا الذكورة والانوثة إذا كانت للركوب﴾ ضرورة إختلاف الدواب بالنسبة إليه، بل في محكي التذكرة و التحرير انه إذا كان في النوع ما يختلف مشيه جودة و رداءة وجب ذكره، و إن كانت مشاهدة كالخيل التي فيها القطوف و غيره.

أللهمّ إلا أن يقال: إن احتمال ذلك غير مؤد إلى الجهالة عرفاً في الإجارة خصوصاً مع غلبة الكيفية الخاصّة من المشي في النوع الخاصّ على وجه يكون مخالفاً للأصل بمعنى الغالب، ولعلّه لذا أطلق المصنف و غيره الاكتفاء بالمشاهدة أو الوصف الّذين لايفيدان ذلك.

بل ربما استفيد من اقتصار الارشاد و الروض و مجمع البرهان عليهما عدم اعتبار الذكورة والأنوثة كما احتمله في جامع المقاصد والمسالك و محكي التذكرة، لأن التفاوت بينهما يسير لايمكن ضبطه، فلا يكون معتبراً في نظر الشارع بخلاف الجنس و النوع، و لو وجدها بخلاف الوصف تخيّر مع التعيين كما في المبيع و طالب بالبدل إذا كانت كلّية، وله الرضا بها عوضاً عن حقه.

هذا كلّه اذا كانت للركوب ولذا قال المصنف ﴿و يسقط اعتبار ذلك إذا كانت للحمل﴾ كما صرّح به في المسالك و محكي التذكرة، بل قيل: انه قضية غيرها الا ان يكون المحمول مما تضرّه كثرة الحركة كالزجاج و الفاكهة فلابدّ من معرفة حال الدابة، كما عن التذكرة التصريح به.

لكن قد يناقش بأنه لامدخلية لذكر الغرض المخصوص في رفع الجهالة المعتبر في الإجارة، ولا يتوقف عليه، كالعكس، ومن هنا يتجه اعتبار المشاهدة أو الوصف في المعيّنة، و إن كانت للحمل، كما نصّ عليه بعضهم.

بل لعلّه كذلك أيضاً في الدابّة الكلّية، ضرورة صدق الجهالة مع عدمه، وإن لم يتضرر المستأجر، نعم لو كانت الإجارة للحمل في ذمّة الموجر لم يحتج إلى ذكر الدّابة، فضلا عن وصفها.

﴿و﴾ كيف كان ففي محكي المبسوط و غيره انه ﴿ يلزم موجر الدابّة كل ما يحتاج اليه﴾ المستأجر ﴿في امكان الركوب﴾ على الوجه المعتاد في الدابة ﴿من الرحل و القتب و آلته و الحزام و الزمام) و اللجام والسرج والاكاف و الزاملة والخداجة ﴿و﴾ غير ذلك مما يعتاد فعله للراكب بالنسبة الى كل دابة ﴿ في رفع المحمل و شدّه تردّد ، أظهره اللزوم﴾ وفاقا للفاضل و الكركي و ثاني الشهيدين وغيرهما للعادة ، بل في القواعد و غيرها زيادة حطّه و رفع الأحمال و شدّها و حطها و القائد و السابق .

نعم قيد ذلك فيها و في المحكي عن تحريره بما إذا شرط المستأجر مصاحبة المؤجر ، و أما اذا آجر الدابّة ليذهب بها المستأجر فجميع الأفعال على الراكب، و عن التذكرة أنه أطلق القول بوجوب هذه الأشياء ان كانت في الذمة ، و عدمه ان كانت معيّنة ، و إنما يجب عليه التخلية بينها و بين المستأجر ، و لا يجب أن يعينه في الركوب و الحمل .

و عن ثاني الشهيدين أنّ هذه الأشياء تجب مع اشتراط المصاحبة ، أو قضاء العادة بها ، أو كانت الإجارة في الذمة ، أما لو كانت مخصوصة بدابّة معيّنة ليذهب بها كيف شاء ، و لم تقض العادة بذلك ، فجميع ذلك على الراكب.

و التحقيق اتباع العادة في جميع ذلك وغيره ، كالدلالة على الطريق ، والإركاب مع العجز ، و ايقاف الدابة للصلاة و الحاجة و نحو ذلك ، و هي مختلفة باختلاف الأزمنة و الأمكنة ، لايمكن للفقيه ضبطها ، بل هو ليس وظيفة الفقيه ، و إنما عليه ذكر الحكم كليّا ، و كلّ شيء لاتقضي به العادة أو شكّ فيه لايجب بعد فرض عدم دلالة لفظ العقد عليه بإحدى الدلالات الثلاث ، ولا دليل شرعي يقتضيه ، و قد تقدم في باب البيع فيما يندرج في المبيع ماله نفع تام في المقام ، بل هما من واد واحد .

نعم قد يحتاج إلى النظر ، تحرير كون لزوم هذه الأشياء على الإشتراط ، فيتسلّط المستأجر على الخيار بعدم الوفاء بها ، أو بعضها ، و أنّها أيضاً بعض المنفعة

التي وقع عليها العقد على وجه تتقسط الاجرة عليها ، و يثبت خيار التبعيض بها ، أو أنها مما وجبت بالعقد ويستحقها المستأجر ، بل ويملكها ، لكن على جهة التبعية ، فلا يقابل حينئذ بشيء من العوض .

ولعل الاخير لايخلو من قوة ، ومثل ذلك يجري في بعض توابع المبيع ، واثبات الخيار مع ذلك ايضاً لايخلو من وجه ، خصوصاً في بعض الاشياء والمسألة غير محررة في كلام الاصحاب فلاحظ ماتقدم لنا في كتاب البيع ، فان له نفعاً في ذلك وغيره والله العالم .

﴿ ولو أجرها للدوران بالدولاب ، افتقر إلى مشاهدته لاختلاف حالته في الثقل ﴾ والخفة ولو أمكن الوصف الرافع للجهالة كفى ، وكذا يشترط معرفة عمق البئر بالمشاهدة أو الوصف إن أمكن الضبط به ، وتقدير العمل بالزمان كاليوم أو بملاء بركة معيّنة بالمشاهدة أو المساحة . لاسقي البستان ، وإن شوهد للاختلاف بقرب عهده بالماء وعدمه ، وحرارة الماء والهواء وبرودته .

﴿ ولو اجرها للزراعة فان كان لحرث جريب معلوم ، فلابد من مشاهدة الارض أو وصفها ﴾ لاختلافها بالصلابة والرخاوة ، وكثرة الحجارة وقلتها ونحو ذلك فبدون أحدهما يحصل الغرر ، بل عن التذكرة أنها لاتعرف بالوصف ، لانها تختلف فبعضها صلب يصعب حرثه على البقر ومستعملها ، وبعضها رخو يسهل ، و بعضها فيه حجارة تتعلق بها السكة ، ومثل هذا الاختلاف إنما يوقف عليه بالمشاهدة ، دون الوصف ، لان الصلابة تختلف بالشدة والضعف ، والحجارة تختلف بتكثر العدد وقلته ، وإن كان قد يناقش بأن الوصف أقرب إلى الكشف من المشاهدة لظاهر الارض ، الذي لايعرف به حال مايصل إليه العمل .

ودعوى أن المراد بالمشاهدة حين حصول حرثها قبل ذلك واضحة المخالفة لظاهر كلماتهم ، والتحقيق اندفاع الغرر بكل من المشاهدة والوصف التام .

وكيف كان فلا يحتاج في مفروض المتن إلى أزيد من ذلك ، بعد فرض كون

الذي يريد حرثه جريب معلوم ، وقد شوهد أووصف ، والاكتفاء بالعادة في معرفة السكّة و مقدار نزولها في الارض ، كما عن التذكرة التصريح به ، بل قيل : إنه لايحتاج إلى تعيين الثور ونحوه ، إلاّ أن تكون الاجارة واردة على عين .

قلت :قد يقال : انها وان كانت واردة على عين الا أنه لامدخلية لمعرفتها بالمشاهدة أوالوصف في ذالك ، نعم قد يعتبر فيها عدم الابهام كأحد هذين ونحو ذلك ، ولعلّ هذا هو الذي يريده القائل المزبور ، هذا كلّه في التقدير بالعمل .

﴿و﴾ أمّا ﴿إن كان﴾ قد استوجرت الدّابة ﴿ لعمل مدة ، كفى تقدير المدّة﴾ عن مشاهدة الارض ووصفها نعم الظاهر وجوب معرفة الدابة كما صرّح به في القواعد وغيرها ، لاختلافها في القوة والضعف على وجه يحصل الغرر باعتبار قلّة الحرث و كثرته، من غير فرق في ذلك بين وقوع الاجارة على عين الدابة ، أوفي الذمة .

ومن هنا قال في محكي التذكرة وجامع المقاصد : إنّ كلّ موضع وقع العقد فيه على مدة فلابد من تعيين الظهر الذى يعمل عليه ، لأن الغرض يختلف باختلاف الدابة في القوة والضعف ، وإن وقع على عمل معيّن لم يحتج إلى معرفتها لأنّه لايختلف حينئذ .

بل ظاهر الفاضل في القواعد وجوب تعيين الارض مع ذلك بأحد الأمرين أيضاً ، قال : « ولو استأجرت للحرث وجب تعيين الأرض بالمشاهدة أو الوصف ، وتقدير العمل بتعينها أو بالمدة ، وتعيين البقر ، إن قدّر العمل بالمدة ، و كان وجهه اختلاف الحرث باختلافها ، فلا يرفع الغرر التعيين بالمدة .

وفيه : أن العرف شاهد على ارتفاع الغرر بالضبط بالمدة وإن لم تشاهد الأرض ولم توصف ، ولذا جعلوا الضبط بها مقابلا للضبط بالعمل ،والأصل في ذلك مافي محكي المبسوط ، فأمّا إن كان للحرث فلابدّ من مشاهدة الثور ، أويذكر ثوراً قويا من حاله وقصته ، وأن يذكر الأرض لانها تكون صلبة ورخوة ، ولابدّ من ذكر المدّة ، وفيه مالا يخفى من عدم الاحتياج إلى المدّة مع تقدير العمل بتعيين الأرض ، كما لا حاجة إلى تعيينها مع التقدير بالمدة على الأصح .

﴿و كذا﴾ الكلام ﴿في إجارة الدابة للسفر مسافة معينة في﴾ انه ﴿لابدّ من تعيين وقت السير ليلا أو نهارا﴾ كما عن الارشاد والروض ومجمع البرهان ، ﴿إلاّ أن يكون هناك عادة فيستغنى بها﴾ عن ذلك لانصراف اطلاق العقد حينئذ إليها ، فاذا اختلفا رجعا اليها ، بخلاف ما إذا لم تكن ، فانّ عدم التّعيين مؤدّ إلى الغرر .

بل في القواعد وجامع المقاصد و محكي التذكرة لابدّ أيضا من تعيين قدر السير ،إلاّ أن تكون المنازل معروفة معتادة ، فلا يحتاج حينئذ إلى التعيين المزبور ، ويرجع عند الاختلاف إلى المعتاد أيضاً ، بل في محكي التحرير أنه لو لم يكن للطريق منازل معروفة فالأولى صحة العقد ، والرجوع إلى العادة في غير ذلك الطريق ، كما أنّه في القواعد وجامع المقاصد ومحكي التذكرة تقييد تعيين الأولين بما إذا كان السفر إليهما ، أما إذا لم يكن إليهما بل كانا تبعا للقافلة كسفر الحج ونحوه فلا حاجة إلي تعيينها ، بل لاوجه له كتعيين أوّل المدة .

وفيه : أن المتجه حينئذ البطلان ، لتحقق الغرر ، كما هو قضيّة المتن وغيره ممن أطلق مثله ، واحتمال عدمه في خصوص الفرض أوعدم قدحه كما ترى .

نعم يمكن أن يقال : إن معلومية صحّة مثل ذلك بالسيرة القطعية تكشف عن عدم وجوب ذكر ذلك مطلقا ، وأنه يكفي تقدير العمل بقطع المسافة المعيّنة من غير تعرّض للوقت ولا للمقدار ، مثل الاستيجار على الخياطة و الحياكة و نحوهما من الاعمال التي لاغرر عرفا بعدم التعرض فيها لذلك ، على وجه يكون قادحاً في صحة الاجارة ، ولو لأنها تحمل مالايحمله البيع ، ويكون الحكم فيها حينئذ وجوب الاجابة على كلّ منهما بالطلب والبذل ، مالم يكن هناك مانع اواعتبار .

ولعلّه لذلك قد خلا كلام القدماء عن ذكر مثل ذلك كما قيل ، بل ظاهر المحكي عن الوسيلة والكافي عدم اعتباره ، قال فيه : « اذا استأجرت للركوب عين أربعة اشياء ، الراكب ، والطريق ، والمنزل ، والركوب بالمحمل أوالزاملة أوالقتب بعد رؤية ذلك ومعالقها ، ونحوه عن الكافي وظاهرهما الحصر وهو قوي جداً .

﴿ويجوز أن يستأجر اثنان﴾ فصاعدا ﴿جملاً أوغيره للعقبة﴾ بمعنى أنهما يملكان منفعته مشاعة ، إلاأنهما يستوفيانها على التعاقب ، بلاخلاف ولااشكال ،لاطلاق الأدلة ﴿ويرجع في التناوب﴾ حينئذ زماناً أوفرسخا ﴿ الى العادة﴾ إن كانت ويقتسمان بالسوية مع تساويهما ، وإلافعلى ماوقع بينهما من التفاوت ، و يرجع في تعيين المبتدأ إذالم يتفقا إلى القرعة التي هي لمثل ذلك .

وليس هذا من الجهالة فيعقد الاجارة الذي ليس مقتضاه إلا ملك المنفعة لمن تنتقل إليه وقدحصل ، فما عن التذكرة ـ من احتمال عدم الصحة مع عدم تعينه للجهالة والتنازع ـ في غير محله ، وكذا مافي جامع المقاصد والمسالك من أن القول بالقرعة بعيد ، لأنمحلها الأمر المشكل ، والاشكال فيعقد المعاوضة موجبللجهالة، ومفض إلى التنازع ، ضرورة أن الاشكال المزبور خارج عن مقتضى عقد المعاوضة ، وإنما اقتضاه اختلاف الشركاء .

نعم يجب التعيين إذا كان الاستيجار لاثنين نوباً معينة بالمدة ، أوبالفراسخ لاعلى سبيل الاشاعة ، وإلاكان مجهولاً لاإشكال فيبطلان العقد معه ، كما لاإشكال في صحته مع التعيين ، ولا يحتاج إلىقسمة فيه ، لعدم الشركة ، لكون المفروض ضبط نوبة كل منهما ، ومن ذلك كله يظهر لك مافي مناقشة الكركي للفاضلفي القواعد فلاحظ وتأمل والله هوالعالم .

﴿واذا اكترى دابة﴾ مثلا ﴿فسار عليها زيادة عن العادة أو ضربها كذلك أو كبحها﴾ باللجام﴿من غيرضرورة﴾أو نحوذلكمماهوغيرجائز له ﴿ضمن﴾ بلاخلاف كما اعترف به في محكي التذكرة ، بل عن الغنية الاجماع عليه ، بل ولا اشكال لأنه متعد بفعله ، وإنما لهضربها بماجرت العادة به ، وكذا تكبيحها باللجام وحثها على السير ، للاصل والسيرة وتوقف استيفاء المنفعة عليه في الجملة ولان النبي صلى الله عليه وآله وسلم « نخس بعير جابر وضربه » ولأن ذلك من مقتضى عقدالاجارة .

بلفي القواعد والمسالك ومحكي المبسوط والخلاف والتحرير و موضع من التذكرة التصريح بعدمالضمان لوتلفت بذلك ، وفيجامع المقاصد أنه لايخلو منقوة

للاصل ولاقتضاء العقد جواز الأفعال المزبورة ، فهي كالمأذون بها صريحا ، فلايترتب عليها ضمان بل لا يشمله عموم من أتلف، بعدفرض الاذن ،وكون التلف بها كالتلف باستيفاء المنفعة المعقودعليها ، ومن ذلك يعلم ماعن موضع آخرعن التذكرة من ضمانة الضرب، وإن كان على المعتاد ، لأنّ الاذن منوط بالسلامة ، وفيه مالايخفى ، والرايض للدابة يضمنها أيضاً إذا خرج برياضته عن المعتاد بين الرواض ، لمثل هذا المروض ، أمّا إذا لم يخرج فمن المبسوط والتذكرة لايضمن أيضاً وكذا الراعى لايضمن مايرعاه بضربه المعتاد ، كما عن ظاهر القواعد وعن صريح غيرها ، كلّ ذلك لبعض ماعرفت أوجميعه .

لكن صرّح غير واحد بضمان المعلّم إذا ضرب الصبي للتأديب ، بل عن حدود المسالك نسبة ضمان الأب والجدّ له لوأدّباه إلى الأصحاب ، فضلا عن المعلّم ، بل قال : إنّ ظاهرهم الوفاق على ذلك ، بل عنه في موضع التصريح بالاجماع ، ويمكن حمل كلامهم على ما إذا تجاوز المعتاد في التأديب خطأً فلاينافي ماهنا حينئذ أويقال : إنه أجير والأجير يضمن بجنايته ، وإن لم يقصر كالطبيب ، وفيه ان الرائض حينئذ كذلك، أويجعل الاجماع فارقا والله هوالعالم .

﴿ولا تصح إجارة العقار﴾ للسكنى أوللزرع أو للغرس او للبناء أو للجميع ﴿إلاّ مع التعيين بالمشاهدة ، أوبالاشارة إلى موضع معين موصوف بمايرفع الجهالة﴾ في الاجارة ﴿ ولا تصحّ إجارته في الذمة ، لمايتضمن من الغرر ﴾ الناشي من عزّة الوجود باعتبار تعسّر تحصيل الموصوف بالصفات الرافعة للجهالة في غير المعين ، ولذا لم يجز السلم فيه .

ومن ذلك تعرف مافي المسالك من النظر فيهما في المتن بأنّ الوصف الرافع للجهالة كيف يجامع الغرر ، والفرق بينه وبين المعين الموصوف غير واضح ، وفيه ماعرفت ، ولعلّ إطلاق القواعد وغيرها الاكتفاء بالوصف منزل على إرادة الوصف المعيّن ، لاالكلي ، لماعرفته من الغرر فيه ، أللّهم إلاّ أن يفرض ارتفاعه .

﴿ بخلاف استيجار الخياط للخياطة ، والنسّاج للنساجة ﴾ ونحوهما فانه

تجوز الإجارة في الذمة فيها ، للأصل ﴿و﴾ لعدم الغرر المزبور فيها .

نعم ﴿ إذا استأجره ﴾ أي الخياط ﴿ مدة فلابدّ من تعيين الصانع دفعاً للغرر الناشي من تفاوتهم في الصنعة ﴾ بطأ وسرعة ، ومنه يحصل الغرر بدون التعيين ، نحو ما سمعته في الاجارة على الحرث مدة ، أما إذا كان التعيين بالعمل لم يحتج الى ذلك ، لعدم الغرر فيه حينئذ مثل الإجارة على حرث جريب معلوم ، فانه لايحتاج فيه الى تعيين الدابة كما عرفت .

﴿ ولو استأجر لحفر البئر ﴾ أو نهر أو عين فلا اشكال كما لاخلاف في الصحة لكن ﴿ لم يكن ﴾ له ﴿ بدّ من تعيين الارض ﴾ بالمشاهدة أو الوصف بالإشارة إلى موضع معيّن ، على وجه يرتفع غرر الاجارة ، ودعوى انحصار ذلك بالمشاهدة واضحة الفساد بل ربما كان الوصف اشدّ من المشاهدة في ذلك .

وهل يعتبر في التعيين المزبور تشخيص الأرض التي يراد حفرها بئرا ، فلا تكفي مشاهدة قطعة واسعة من الأرض ، أو وصفها بما يرفع الغرر ، ثم الإستيجار على حفر بئر مثلاً في موضع منها غير معيّن ، والخيار بيد المستأجر ؟ لم أجد فيه تصريحاً من أحد ، لكن لم تبعد الصحة .

بل لايبعد استيجار قطعة منها كذلك للزرع ، ونحوه على جهة الأشاعة ، أمّا بدونها بناء على صحة تعلّق مثل الإجارة في الكلي في الخارج لا على جهة الإشاعة فيمكن الصحة أيضاً وفي تنزيل الإطلاق على أيّهما ماتقدم في بيع الصاع من الصبرة ، إذ المسألة على الفرض المزبور من واد واحد .

نعم قد تتحمل الإجارة من الغرر مالا يتحمله البيع ، ولاينافي ذلك ماتقدم من عدم صحة إجارة العقار في الذمة ، إذ ذلك إنما هو على طريق الكلي في السلم ، لا مثل الإشاعة ، بل ولا مثل الكلي المزبور في وجه ، فتأمل جيداً .

﴿و﴾ على كل حال فلابد أيضاً من ﴿ قدر نزولها وسعتها ﴾ لتوقف رفع الغرر على ذلك ﴿ ولو حفرها فانهارت ﴾ جميعها ﴿ أو بعضها لم يلزم الأجير إزالته ﴾

للأصل وغيره ، ﴿ وكان ذلك إلى المالك ﴾ كما لو وقع فيها دابّة أو حجر أو نحو ذلك إذ الأجير قد امتثل ما وجب عليه ، ولم يتضمن عقد الإجارة اخراجه ، فلو فرض بقاء شيء منها غير محفور وامتنع المالك من إخراجه كان التقصير من قبله ، كما لو لم يفتح باب الدار لبناء جدار فيها .

نعم لو وقع فيها من تراب الحفر لعدم ابعاد الأجير له على حسب العادة ، وجب إزالته عليه ، دون المستأجر ، لوجوب الابعاد كذلك عليه ، فهو حينئذ من فعله ، بل لم يأت بالحفر المراد منه ، بعد فرض انصراف العرف إلى المزبور كما هو واضح .

﴿ ولو حفر بعض ما قوطع عليه ثم تعذّر حفر الباقي ﴾ أو تعسر ﴿ إما لصعوبة الأرض أو مرض الأجير ﴾ المشروط عليه المباشرة على وجه يتحقق معه العجز ﴿ أو غير ذلك ﴾ من الموانع التي ينفسخ العقد معها أو يسلط على الخيار ، واختار الفسخ ﴿ قوّم حفرها وما حفر منها ﴾ ثم نسب الثاني إلى الأول ﴿ ورجع ﴾ الأجير ﴿ عليه بنسبته ﴾ المزبورة ﴿ من الأجرة ﴾ المسماة بالعقد ، إن نصفاً فنصف ، وإن ثلثا فثلث ، من غير فرق بين متفاوت الأجزاء ومختلفها ، بلا خلاف معتدّ به أجده في شيء من ذلك ، بل ولا إشكال .

فلو فرض تساوي أجرة الأجزاء فله من الأجرة على مقدار ما عمل ، كما إذا استأجره على حفر بئر عمقه و طوله و عرضه عشرة عشرة فحفر بئراً عمقه وعرضه وطوله خمس خمس فله ثمن الأجرة المسمّاة ، لأنه قد عمل ثمن العمل ، وذلك لأن مضروب العشرة في العشرة ماءة ، وهي في العشرة الثالثة ألف ومضروب الخمسة في الخمسة خمس و عشرون و هي في الخمسة الثالثة مأة و خمس و عشرون ، و هو ثمن الألف فالأجير حينئذ لم يحفر من النصف الأسفل شيئا وهو خمسمأة ، ولا من نصف النصف الأعلى وهو ماءتان و خمسون ، ولا من نصف نصفه ، وهو ماءة وخمسة وعشرون ، فهذه سبعة أثمان ، لم يحفر منها شيئا ، وإنما حفر الثمن وهو مائة وخمس وعشرون هذا .

﴿ و ﴾ لكن قال المصنف ﴿ في المسألة قول آخر مستند إلى رواية مهجورة ﴾

إلا أنالم نتحققه لأحد ممن تقدمه ، إذ الشيخ بعد أن ذكر ماقدمناه قال : وروى ـ مشيرا بها إلى مارواه هو في التهذيب [1] في باب الزيادات في القضايا والأحكام ـ « عن سهل بن زياد عن معاوية بن حكيم عن أبي شعيب المحاملي قال : سألت أبا عبدالله عليه‌السلام عن رجل قبل رجلا ان يحفر له بئرا عشر قامات ، بعشرة دراهم ، فحفر له قامة ، ثم عجز قال : تقسم عشرة على خمسة وخمسين جزء ، فما أصاب واحداً فهو للقامة الأولى ، والاثنين للثانية ، والثلاثة للثالثة ، وعلى هذا الحساب إلى العشرة ».

وهي مع عدم معرفة طريق الشيخ إلى سهل وجهالة الرفاعي ـ غير أنه من أصحاب الصادق عليه‌السلام ـ لم يعمل بها أحد من الأصحاب ، إلا ما يحكى عن ابن سعيد في الجامع ، ومخالفته للضوابط من وجوه ، فوجب طرحها ، على أنه قد ردّها بعضهم بأنها واقعة خاصّة ، وحكم في عين ، فلاعموم لها ، وإن كان هو كما ترى ، ضرورة أنها من ترك الاستفصال ، لامن الافعال التي لاعموم لها ، نحو قضى أمير المؤمنين عليه‌السلام وسجن ونحوهما .

نعم يمكن حملها وإن بعد على ما إذا تناسبت القامات على وجه يكون نسبة القامة الأولى الى الثانية أنها بقدر نصفها في المشقة ، والاجرة ، وهكذا وذلك يقتضي جمع الأعداد الواقعة في العشرة فما بلغت قسّطت عليه الأجرة ، ولاريب أن الأعداد في العشرة كواحد واثنين وثلاثة إليها إذا جمعت بلغت ذلك .

فإن ضابطه أن تضرب عدد القامات في نفسه فما بلغت زادت عليه عشرة المسمى بجذرها فنصفته ففي المسألة مضروب العشرة في نفسها ماءة ، وجذر ذلك عشرة إذا نصفتها ، كان خمسة وخمسين ، وذلك مجموع الاعداد التي تضمنتها العشرة .

وعلى كل حال فلو عمل به احتمل تعدّيه ، فتقسم الخمسة إلى خمسة عشر ، لأن ضربها في نفسه خمسة وعشرون فإذا زادت عليها جذر وهو الخمسة كان نصفها خمسة عشر ، ولو استأجره لحفر أربع قسطت على عشر ، لأنّ مضروبها ستة عشر ،

(١) الوسائل الباب ـ ٣٥ ـ من ابواب احكام الاجارة الحديث ٢ .

وبزيادة الجذر تكون عشرين ، فنصفها عشرة ، وهكذا إلاّ أنك قد عرفت الحال في الأصل ، فضلا عن التعدية،نعم لابأس بها بناء على الحمل المزبور والله هوالعالم .

﴿ ويجوز استيجار المرأة للرضاع مدّة معيّنة باذن الزوج ﴾ بلاخلاف أجده فيه كما اعترف به في محكي الخلاف ، والسرائر ، بل في محكي التذكرة اجماع أهل العلم على جواز استيجار الظئر تارة ، وأخرى الاجماع على جواز استيجارها للرضاع والحضانة ، معا ، وللحضانة دون الرضاع .

مضافا إلى قوله تعالى [1] « فإن أرضعن لكم فآتوهنّ أجورهن » حيث أطلق الأجر على مايقابل الرضاع الذي هوسقي اللّبن على الوجه المعروف ، وإلى ماأرسله غير واحد من فعل النبي صلى الله عليه وآله والائمة ذلك ، وإلى مافي القواعد ومحكي التذكرة والإيضاح من الاستدلال عليه أيضاً بالحاجة ، وإن كان قد يناقش بأنّها لاتجوّز مالايجوز .

نعم يناسب أن تكون سرّاً لشرعية الحكم ، كما أنّها ربماتصلح سبباً للشرعية إذا انحصر الأمر فيذلك على وجه يكون التكليف بتركه عسراً وحرجاً لايحتمل عادة ، كصحة البراءة للطبيب من الضمان ، بخلاف المقام الذي يمكن أن يكون بالصلح أوبالشرط أوبغيرذلك من الطرق الشرعية التي لاتعارض قاعدة الإجارة مثلا ، فالأولى حينئذ الاستناد إلى ما عرفت من الاجماع والآية ، ومقتضاهما الجواز من دون ضمّ الحضانة كماهوصريح جماعة وظاهر آخرين .

فماعن بعضهم من اعتبار ضمّها في الصّحة في وجه لاوجه له ، والمراد بها حفظ الولد وتربيته ودهنه وكحله ، وغسل خرقه وتنظيفه وجعله في سريره وربطه و سائر مايحتاج اليه ، ضرورة تطابق النصّ و الفتوى ومعقد الإجماع على جوازها للرضاع وهي غيره بل ولامن لوازمه كماهو واضح .

ولقد أجادفي جامع المقاصد حيث أنّه بعدأن ذكر احتمال المنع لتناول الإجارة

(١) سورة الطلاق الآية ـ ٦ .

الاعيان ومع ذلك فهي مجهولة وليست موجودة قال : « ولاوجه له بعد ثبوت النص » لكن قال فيه في موضع آخر : « ولو قيل أن المستأجر عليه هو الفعل الذي لاينفك عن اتلاف اللبن ، وهو إيصاله إلى معدة الصبي وتلويث الثوب في الصبغ ، فتكون العين تابعة ، ولاتخرج الاجارة عن مقتضاها أمكن » كما أنه قال في المحكي عن التذكرة في موضعين « الأقرب أن الذي يتناوله عقد الاجارة بالاصالة فعل المرأة ، واللبن مستحق بالتبعية كالبئر تستأجر ليستقى منها الماء ، والدار تستأجر وفيها بئر ، فإنه يجوز الاستقاء منها ، بل عن فخر المحققين أن ذلك هو الذي حققه والده ، وقال : إنه هو الذي تدل عليه الآية ، لأنها دالة على الفعل واللبن » .

قلت : ذلك كله لا يقتضي بقاء الاجارة على مقتضاها ، ضرورة عدم الفرق في خروجه عنه بين دخول اللبن والصبغ مع الفعل ، وبين استقلاله وتبعيته ، مع أنه المقصود الأعظم لاتقتضي ذلك .

على أن من المعلوم صحة الاستيجار على الصبغ ، وإن كان الملوث للثوب فيه المالك دون الصابغ كما قد يقوى الاستيجار للرضاع من دون فعل من المرأة ، حتى وضع الثدي في الفم بأن يضعه المستأجر فيه دونها ، والامتصاص من الطفل ، فلم يكن عمل منها أصلا تستحق عوضا عليه ، فضلا عن مقابلته بتمام الأجرة ، كما أنه لو رضع الصبي منها وهي نائمة ، استحقت الأجرة وإن لم يكن منها فعل .

ومن هنا استدل الفاضل في المحكي من تحريره وقواعده على أن المعقود عليه نفس اللبن باستحقاق الأجر عليه ، بانفراده دون الأفعال بانفرادها ، وإن اعترضه في جامع المقاصد أيضا بأنا لانسلم استحقاق الأجرة باللبن بانفراده ، مالم تصيره المرضعة في معدة الصبي ، ولايلزم من عدم استحقاق الأجرة بالأمور الباقية ، بانفرادها استحقاقها في مقابل اللبن وحده ، لم لايجوز أن يكون في مقابلة الجميع .

بل في المسالك الأجود أن المقصود مجموع ماذكر من المنافع مع عين اللبن

وجوازه حينئذ مع أن بعض متعلقها عين ذاهبة ، للنص وهو الاية [1] وفعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم والائمة عليهم السلام .

ثم قال : ويمكن أن يقال : على تقدير كون المراد المجموع أنّ اللبن يكون تابعا لكثرة قيمة غيره ، وقلّة قيمة اللبن وان كان اللبن مقصودا من وجه آخر ، ويثبت للتابع من الحكم المخالف مالايثبت للمتبوع ، ومثله القول في الصبغ ، لكن لايخفى عليك مافي الجميع ، خصوصاً دعوى التبعية المزبورة التي هي مع أنها خلاف الواقع إن أريد بها بالنسبة إلى القصد والغرض ، خصوصاً بالنسبة إلى الصبغ لاداعي إلى ارتكابها بعد الدليل ، ولو أن الاجارة بمثل ذلك تكون على مقتضاها ، لاتجه التعدية إلى غير المقام مما هو معلوم عدمه ، والآية وإن كانت بلفظ الارضاع ، لاالرضاع ، إلا أنه هو المراد به ، ولكن عبّر به لغلبة الرضاع بالارضاع .

ومن هنا يتجه جواز استيجار الشاة لرضاع الصبي ، اوسخلة كما نص عليه في القواعد ، ومحكي غيرها ، بناء على القطع بعدم خصوصية للمرأة ، كالقطع بعدم الفرق بين الحرة والأمة والصبيّ وغيره ، وإن كان ظاهر الآية الأولى ، بل ربما قطع بعضهم بعدم خصوصية الرضاع ، فجوّز استيجار الشاة للحلب ، وربما يؤيده ماورد في النصوص وحكي عليه الاجماع من جواز إعارتها لذلك ، وما تصحّ إعارته تصح اجارته ، كما عرفته فيما سبق .

نعم لايتعدى من ذلك إلى جواز إستيجار البئر للاستقاء منها ، ولذا منعه في جامع المقاصد ومحكي الحواشي ، وموضع من التذكرة ، ولاالشمع للإشعال والطعام للاكل ، كما صرّح به في القواعد ، بل ظاهر السرائر الاجماع على ذلك .

نعم قد يجوز الاستقاء من البئر عند إطلاق إجارة البئر ، للاذن فيه عادة على وجه يكون كالشرط ، وكذا لايتعدى إلى جواز إجارة الشجرة لثمرتها ، والدّابة لنتاجها ، ولاإلى شيء من الظروف للامتصاص مما فيها ، ولاإلى غير ذلك مما فيه إتلاف

(١) سورة الطلاق الاية ـ ٦ .

عين إلا ما قام عليه الدليل مما عرفت ، ومن الصبغ ومن استيجار الفحل للضراب الذي يمكن تحصيل الاجماع على جوازه ، مضافا إلى السيرة ، ومن استيجار الحمّام وإن استلزم إتلاف الماء ، كما عن الايضاح وحواشي الشهيد التصريح به ، بل ربما يكون هو المقصود .

على أنه يمكن أن يقال : إن ذلك والحمام من اشتراط البذل للعادة ، لكن في القواعد والمحكى من جامع الشرايع «وإجارة الحمام للبث فيه واستعمال الماء تابع» ويمكن أن يريدا ما ذكرنا ، وإن كان يأباه لفظ التبيعة .

أللّهم إلاّ أن يراد منها التبيعة في عقد الاجارة ، لا في القصد .

وفي محكي التذكرة تارة أن بعض الأعيان قد يتناولها عقد الاجارة للحاجة والضرورة ، كاستيجار الحمام المشتمل على استعمال الماء وإتلافه ، وأخرى هل المدفوع إلى الحمامي ثمن الماء و يتطوع بحفظ الثياب وإعارة السطل ، أو المدفوع أجرة الحمامي والسطل وأما الماء فانه غير مضبوط حتى يقابل بالعوض .

وكان مراده أن ما في أيدي الناس من دفع العوض بالدخول إلى الحمام هو نقل عين ، والمنافع تابعة ، أو بالعكس ، ولعلّ الأقوى الثاني ، وأنه جاز للسيرة ، أو أنه من اشتراط البذل للعادة أو لنحو ذلك ، ولا يحتاج إلى تكلّف كون الجميع منافع حتى استعمال الماء ، وإن استلزم ذلك اتلاف بعض أجزاء الماء ، ضرورة كونه كالاتلاف بعض أجزاء الثوب مثلا بالاستعمال ، فان المراد الانتفاع به بعقد الاجارة مجموع أجزاء ماء الحمام ، لا خصوص التالف منها ، وذلك باق ، ولم يقتض عقد الاجارة اتلافه، حتّى ينافي مقتضاها ، ولا يقدح في ذلك عدم ضبط المدة ، ولا الاجارة لاشخاص متعددين ، من غير فرق بين أوّل داخل وغيره .

على أن ذلك لازم على تقدير كون الاجارة للحمام أيضاً لكن لايخفى عليك ان التزام ما ذكرناه أولى من ذلك كلّه ، ولولا ظهور كلام من تعرض لذلك ، في أنّ الحمام من الاجارات لأمكن القول بأنه من الاباحات للأعيان والمنافع بعوض ،

وهي قسم مستقل برأسها ، لاتدخل تحت عقود المعاوضة ، ولها أفراد كثيرة كما حررناه في غير المقام .

وكيف كان فهذا كله إذا أذن الزوج ﴿ فإن لم يأذن ففيه تردد ﴾ بل عن المبسوط والخلاف والسرائر عدم الجواز ، لا لأنه مالك منافعها ، بل لمنافاته لحق الإستمتاع بها الذي لابدّ لها من التهيأ له ، في كلّ وقت محتمل ، إذ لم يعلم متى يريده منها ، ولذا لم يجز لها الصوم من دون إذنه .

﴿و﴾ لكن ﴿الجواز أشبه إذا لم يمنع الرضاع حقه﴾ وفاقاً للكركي والفاضل، وثاني الشهيدين ، للاصل السّالم عن معارضة ماسمعت ، بعد فرض وقوع الاجارة حال عدم معارضة حق الزوجة لغيبته ، أو لمرضه أو لغير ذلك من موانع الاستمتاع ، على وجه يوثق به عادة ، ضرورة اعتبار عدم استغراق الأوقات في الاستمتاع الذى ليس للزوج غيره من باقي منافعها ، فهي مسلّطة عليها ، ومنع الصوم بدون إذنه بعد تسليم عدم تقييده بما عرفت أيضاً للدليل ، ولو فرض اتفاق إرادة الاستمتاع في الزمان المزبور كان له ذلك ، لوجوب تقديم حقّه على حقّ المستأجر فتنفسخ الإجارة حينئذ في الزمان المزبور ، ويتسلّط المستأجر على فسخ الباقي .

وكذا الكلام في غير الرضاع من الاعمال خصوصاً غير المقيّد منها بزمان ، ولو فرض تقدم الاجارة على النكاح ، فلا اعتراض للزوج قطعاً كما صرّح به غير واحد لسبق الحقّ ، ولكن له الاستمتاع بها فيما فضل عن وقت الإرضاع ، وليس لولي الطفل منعه من الوطي مع عدم تضرر الولد به ، أمّا إذا تضرر فله ذلك ، لسبق حقه ، ولو كان المستأجر للارضاع الزوج جاز ، ولو لولده منها ، وكذا غيره من الاعمال .

خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة في الثاني ، فلم يجوز للطّبخ وما أشبهه ، لأنه مستحق عليها في العادة ، ولاريب في بطلانه .

وللمحكي عن الشيخ وأصحاب الرأي والشافعي في الأول ، فلم يجوزوا استيجارها لارضاع ولده منها ، لأنها أخذت منه عوضا في مقابلة الاستمتاع ، وآخر

في مقابلة التمكين والحبس فلا يلزمه عوض آخر .

و فيه : مع شمول الدليل الولد من غيرها ، والانتقاض باستيجارها لغيره من الأعمال أن التمكين و الاستمتاع غير الحضانة و الإرضاع واستحقاق منفعة لايمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر ، ودعوى كون اللبن للزوج واضحة المنع ، لعدم الدليل ، ونشر الحرمة منه أعمّ من ذلك ، ﴿و﴾ على كل حال ف﴿لابد من مشاهدة الصبي﴾ الذي استوجرت لإرضاعه ، بلاخلاف أجده فيه ، لاختلاف الصبيان فيه باختلافهم في الصغر والكبر ، والنهمه والقناعة ، وغيرذلك مماتختلف الاجرة باختلافه على وجه تتحقق الجهالة مع عدمه .

بل لو فرض عدم معرفة ذلك بالمشاهدة النظرية وجب اختباره لمعرفة ذلك ، بل هو كذلك في كلّ ماقلناباعتبار المشاهدة فيه ، بل ربما أومأ اقتصار المصنف وغيره عليها ، إلى عدم الاكتفاء بالوصف ، لكن عن الاردبيلي الاجتزاء به كالراكبّ ، ولا بأس به مع فرض ارتفاع الجهالة ، بل قيل ظاهر جماعة عدم اشتراط هذا الشرط من أصله ، لاقتصارهم على ذكر المدة ، وإن كان كما ترى ، ضرورة إرادتهم ذلك في مقابلة الضبط بالعمل ، لاما نحن فيه ، فيمكن ترك تعرضهم لوضوحه ، كترك الأكثر التعرض للصبية التي من الواضح مساواة حكمها لحكمه .

نعم لو استأجرت على وجه تستحق منافعها أجمع التي منها الرضاع أمكن حينئذ عدم اعتبار مشاهدة الصبي .

وأما تعيين المرضعة فظاهر جماعة اشتراطه ، ومنهم المصنف كما ستعرفه عند قوله ، فان مات إلى آخره كما أنك قدعرفت الحال في مخالفة الرضاع قواعد الإجارة وأنه ينبغي الاقتصار فيه على المتيقن او كالمتيقن دون المشكوك فيه والله هو العالم .

﴿وهل يشترط ذكر الموضع الذى ترضعه فيه قيل : ﴾ و القائل الفاضل في قواعده والمحكي من تذكرته وثاني المحققين والشهيدين ومحكي المبسوط والوسيلة ﴿نعم﴾ لاختلاف المحال في السهولة والصعوبة ، والوثاقة في الحفظ وعدمه ، وغيرذلك

﴿و﴾لكن مع هذا ﴿فيه تردد﴾ مما عرفت ، ومن تفاوت الاغراض لامما يتوقف عليه ارتفاع الجهالة في الاجارة ، ولذا لايعتبر التعرض له في باقى الأعمال المتفاوتة بالنسبة إلى ذلك ، بل لعلّ هذا هو الأقوى ، و حينئذ فلها فراغ ذمتها في أى مكان .

﴿و﴾على كل حال ف﴿ان مات الصبي أوالمرضعة﴾ المعينة ﴿بطل العقد﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لتعذر المستأجر عليه حينئذ ، بل ربما ظهر من اطلاق المتن كالمحكي من المبسوط والتذكرة البطلان بموت المرضعة وجوب تعيينها كالصبي ، للغرر الذي لايمكن ارتفاعه بوصف الكلي وللاقتصار فيما خالف ضابط الأجارة على المتيقن .

ودعوى القطع بعدم الفرق ممنوعة ، لكن في القواعد وجامع المقاصد والمسالك ومحكى السرائر والحواشي تقييد ذلك بمااذا كانت معينة ومقتضاه حينئذ ماصرح به في الثلاثة الأول منها الصحّة مع عدم تعينها ، ولعلّه الاقوى وحينئذ فلاتنفسخ بالموت كغيره من الاعمال المستأجر عليها في الذمة ، فيخرج حينئذ أجرة المثل من تركتها ، كما في القواعد وغيرها .

قيل : وتدفع إلى وليّ الصبيّ ، وفيه أنّ المتجه بناء على ذلك الاستيجار بها عنها ، لعدم إنفساخ الاجارة بعدم تعذر العمل المستأجر عليه . بعد فرض كونه في الذمة .

نعم لو تراضيا على دفع ذلك اليه عوضاً عن العمل المستحق ، أوكان أصل الاستيجار ممتنعاً لتعذّره بالمرّة ، جاز حينئذ دفعه إلى الوليّ مع احتمال انفساخ الاجارة في الأخير بسبب التعذر المزبور ، لصيرورته كالمعين الذي قدتعذّر ، ولو أطلق العقد فهل ينزل على المباشرة أوعلى المضمون ؟ وجهان ، ولعلّ الأوّل لايخلو من قوة للتبادر .

ومن هنا قال في القواعد : « إنه لودفعت المرضعة الصبيّ خادمتها فالأقرب عدم استحقاق الاجرة ، لعدم العمل المستأجر عليه ، والتبرع بارضاع الجارية إذهوحينئذ

كما لوسقته لبن الغنم ، ولواختلف المستأجر والمرضعة في ارضاعها نفسها ، وارضاع غيرها أوعدم الرضاع ، فالظاهر تقديم قولها لوادّعته ، لأنها أمينة ، ولأنه فعلها وتعسر الاشهاد عليه ليلا ونهارا والله هو العالم .

ولا فرق في جميع الأحكام المزبورة بين الأمة والحرة ، فإن السيد يجوز له اجارة أمته للارضاع و جبرها عليه ، لأنها ملكه من غير فرق بين القنة والمدبّرة وأمّ الولد . نعم الظاهر عدم ذلك فيالمكاتبة ولو مشروطة ، والمبعّضة إلّا باذنهن،لكن عن المبسوط وموضع من التحرير أن له أن يجبر المشروطة ، وهو كما ترى .

نعم في القواعد و محكي التذكرة و التحرير وجامع المقاصد أنه إنكان لاحديهن ولدلم يجزله أنيوجرها ، الاأن يفضل عنولدها وإنكانمملوكاً له ، لأن السيد إنما يملك فاضل حاجة مملوكه .

قلت : لافرق بينالمملوكة و الحرّة إذا تعين عليها ارضاع ولدها ، نعملوأقام مرضعة غيرهاترضعه كان له إجارتها ، ولوكانت الأمة مزوّجة ، جرى عليها ماعرفته من حكم الحرّة بالنسبة الى الاستيذان وعدمه .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿ لومات أبوه ﴾ أي المرتضع ﴿ هل تبطل يبنى على القولين ﴾ في موتالمستأجر إذا كانت الاجارة أصالة ، وقدعرفت الحال فيهما سابقا، لكن عنالسرائر البطلان هنامع قوله بالعدم هناك ، ولانرى له وجهاً ، أما إذا كانت الإجارة للطفل ، وإن باشرذلك الولي فلابطلان بموت الولي ، وفيالمسالك « ولوكان الولد معسراً واستأجر الأب عليه بمال في ذمته أو ذمة الاب ولميخلف تركة توجه جواز فسخها ، لأنها تبطل بذلك » وهو كذلك مع عدم العلم بالحال ولكن قوله أو في ذمة الأب لايخلو من إجمال فتأمل . والله هوالعالم .

﴿ ولواستأجر شيئاً مدة معينة لميجب ﴾ ذكر ﴿ تقسيط الأجرة ﴾ فيمتن العقد ﴿ على أجزائها ﴾ عندنا لاطلاق الأدلة ﴿ سواء كانت ﴾ المدة ﴿ قصيرة أو متطاولة ﴾ خلافالبعض العامّة فأوجبه إن كانت سنتين فصاعداً ، حذرا من الاحتياج

إلى تقسيط الأجرة على المدّة على تقدير لحوق الانفساخ بتلف وغيره ، وذلك مما يشق ويتعذّر .

وفيه : - مع انتقاضه بالناقص عن السنتين المجمع على ذكر التقسيط فيه ، و باجراء المدّة التي جعل لها قسطاً لو تلف في أثنائها - أنه مجرّد اعتبار لا يصلح معارضاً للأدلة الشرعية .

نعم لا بأس بذكر ذلك مع التفاوت و بدونه لكونه حينئذ من الشرط الذي لا خلاف في جوازه، فلو تلفت العين في أثناء المدّة كانت أجرة ما مضى بحسب ما شرط، و لو كان التلف في أثنائها قسط المسمّى لها على أجزائها كما لو لم يذكر تقسيطا في العقد ، و كيفية التقسيط ما سمعته سابقاً والله أعلم .

﴿ و يجوز استيجار الأرض لتعمل مسجداً ﴾ و غيره من الأفعال الراجحة بلا خلاف أجده فيه ، بل عن كشف الحق نسبته إلى الإمامية ، لأنّ ذلك غرض مقصود محلّل متقوم ، فيشمله إطلاق الإجارة خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة من عدم الجواز ، لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة بحال ، فلا تجوز الإجارة لذلك ، و هو كما ترى غلط واضح ، ضرورة الفرق بين الاستيجار على الصلاة و بين استيجار المكان أو اللباس للصلاة فيه .

نعم في جامع المقاصد و المسالك « لا يثبت لها حرمة المسجد ، لأنه اسم للعين الموقوفة » مؤيداً لذلك ، و إطلاقه على الفرض مجاز باعتبار إعدادها لما أعدّ له المسجد، كاطلاقه على ما يقتطعه الإنسان من داره مسجداً له و لعياله ، لكن عن الأردبيلي منع كون المسجد اسماً لذلك ، بل هو للأعمّ منه و من المقام ، خصوصاً في المدّة الطويلة كالمأة سنة و نحوها ، و ربما يؤيد باطلاق المعظم هنا اسم المسجد عليه ، و الأصل فيه الحقيقة .

و فيه إنّ من المعلوم كون غرض الأصحاب في المقام الردّ على أبي حنيفة المانع من استيجار المكان للصلاة فيه ، فمرادهم من المسجد هنا كونه محلاّ للسجود ،

نحو اطلاقهم في مكان المصلّي أنه يستحب اتخاذ مسجد في الدار ، و مرادهم إعداد مكان مخصوص للصلاة كما تقدم تحقيق ذلك في محلّه والله العالم .

﴿ و يجوز استيجار الدّراهم و الدنانير إن تحققت لهما منفعة حكمية مع بقاء عينهما ﴾ و إن كانت نادرة ولم يعدّ لها غالباً كالزّينة ، و دفع المرء مظنة الفقر عن نفسه ، و الضرب على سكّتها و الوزن بها و نحو ذلك ، وفاقا للمحكي عن الشيخ و الفاضل و الشهيدين وغيرهم .

بل عن مجمع البرهان أنه لاشك فيه لو حصل نفع مقصود محلّل لاطلاق أدلة الاجارة ، و عدم السفه في ذلك بعد فرض تحقق المنفعة المزبورة .

وليس قول المصنف «إن تحققت» إلى آخره تردداً منه في إجارتهما ، بل للتردّد في تحقق منفعة لهما كذلك ، بل المقصود جواز إجارتهما لهذه المنفعة عند تحققها ، و إلا كانت المعاملة سفهية نحو ما سمعته سابقاً في بيع مالا منفعة له غالباً ، لقلّته أو لغيرها ، من أنه يجوز إذا تحققت و إن كانت نادرة ، فحبّة الحنطة يجوز بيعها مع الحاجة اليها لفخّ و نحوه ، و كذا غيرها ، لكن عن الضّابط المزبور الذي به تخرج المعاملة عن كونها سفهية ، وهو المدار هنا و هناك على الأصحّ .

و احتمال عدم الجواز حتى مع تحقق المنفعة للشك في تناول مثل ذلك في غير محلّه ، كاحتمال عدم جواز إجارتهما لعدم صحّة وقفهما ، و عدم ضمان منفعتهما لو غصبا .

وفيه أولا : منع الملازمة ، فإن الحرّ و أمّ الولد يجوز إجارتهما ، و لا يجوز وقفهما .

و ثانيا : منع عدم جواز وقفهما للمنافع المزبورة ، و كذا يمنع عدم ضمان الغاصب بعد إجارتهما و مقابلتهما بالمال ، كمنافع الحرّ المستأجر أجيراً خاصّاً ، أمّا مع عدم مقابلتهما بمال فلعلّه لا ضمان لعدم تحقق المنفعة حينئذ التي تعدّ مالا عرفاً ، كمنفعة الحرّ التي هي كذلك ، و لا يقدح ذلك في جواز الإجارة بعد

التحقّق .

و من ذلك كلّه يعرف جواز استيجار التفّاح و غيره للشمّ و غيره ، كالطّعام لتزيين المجلس ، و الشجرة لنشر الثياب عليها ، و ربط الدّابة بها و الاستظلال بظلّها و نحو ذلك ، و إن لم تكن معدّة لذلك ، ولا تستأجر غالبا له ، كماأن منه يعرف ما في كلام جماعة من أصحابنا والله هو العالم .

﴿ تفريع ﴾

﴿ لو استأجره لحمل عشرة أقفزة من صبرة ﴾ مثلا ﴿ فاعتبرها ﴾ معتبر ﴿ ثم حملها فكانت أكثر ﴾ كثرة معتداً بهالايسيرة نحو ما يتفاوت به الموازين﴿فإن كان المعتبر﴾ والمحمّل عامداً ﴿ هو المستأجر ﴾ من غير علم من الموجر ﴿ لزمه أجرة المثل عن الزيادة ، و ضمن الدابّة إن تلفت لتحقق العدوان ﴾ الموجب لذلك كما صرّح بذلك كلّه الفاضل و الكركي و الشيخ في المحكيّ عن مبسوطه ، بل قال الثاني منهم « أنه لا بحث فيه» و لعلّه كذلك .

نعم في ارشاد الأول منهم « أنه يضمن نصف الدّابة ،وكأنه لاستناد التلف إلى فعلين ، أحدهما مأذون فيه وهو غيرمضمون ، و الآخر غيره ، ولا ينظر إلى التفاوت بعد نسبة التلف إلى المجموع ، كمن جرح نفسه جراحات ، و جرحه آخرجراحة واحدة فسرى الجميع، فإنه يضمن نصف الدابة» .

و فيه: أنه مخالف لظاهرالفتاوى ومعقد المحكي من إجماع الخلاف و الغنية و التحرير و التذكرة ، بل في الأول نسبته إلى الأخبار أيضاً .

و لعلّه أشار إلى خبر ابي‌ولاّد[1] وخبر الصيقل[2] و خبر الحلبي[3] وخبر

---

(١) و (٢) و(٣) الوسائل الباب - ١٧ - من ابواب أحكام الاجارة الحديث - ٢١ - ٣ - ٢ .

عمرو بن خالد [1] المشتملة على ضمان الدابّة بتجاوز المكان المشترط ، بناء على عدم الفرق بين اسباب التعدي ، وعلى ظهور ضمان الدّابة في مجموعها ، بل في خبر أبي ولاّد منها التصريح بلزوم قيمة البغل .

و منه يظهر ما في المسالك « من احتمال التوزيع على الأصل و الزيادة ، فيضمن قسط الزيادة، لأن التلف مستند إلى الجملة فلا ترجيح ، ولاستلزام التنصيف مساواة الزايد للناقص ، وهو محال، والتوزيع على المحمول ممكن بخلاف الجراحات» ضرورة مخالفته لماعرفت أيضاً على أن التلف قد استند إلى الجمع الذي هو غير مأذون فيه أصلا .

و من هنا استوجبه الأردبيلي فيما حكي عنه ضمان أجرة المثل للمجموع لا الزيادة خاصّة ، لأن المسمى إنما كان على العشرة مثلاً على أن يكون معها غيرها، فاذا كان صارت غير المستأجر عليها فيستحق أجرة المثل على المجموع ، قال : « و إنّها ربما تكون أجرة المائة رطل مجتمعة أضعاف أجرة الخمسين وحدها،واستوضح ذلك في أجرة الحبّة وحدها و الجفنة كذلك ، فإنه لا أجرة لكلّ حبّة حبّة في التغار ، و لجميع الحبوب أجرة كثيرة ، ثم حمل خبر أبي ولاّد و كلام الأصحاب على الغالب الأكثر» .

و إن كان قد يناقش (أولاً) بمخالفته لظاهر بعض النصوص المزبورة ، (و ثانيا) بأنّ مفروض البحث الاستيجار على العشرة لا بشرط ، فلا تخرج عن استحقاق حملها بضمّ غيرها بعد صحّة العقد الذي لا يترك مقتضاه حينئذ و التفاوت الّذي ذكره يتدارك بملاحظة أجرة المثل للزيادة مجتمعة .

و أغرب من ذلك كلّه ما عن المقنعة و الغنية في نحو المقام من أن عليه أجرة الزايد بحساب ما استأجرها، بل عن ثانيهما الاجماع عليه ، إذ هو مع مخالفته لقاعدة ضمان الغاصب لا دليل عليه ، ويمكن حمل كلامهما على غلبة موافقة المسمّى لأجرة المثل .

---

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من ابواب أحكام الاجارة الحديث - ٢١ - ٣ - ٠٢

وعلى كل حال فقد ظهر لك قوة ما في المتن مع التقييد الذي ذكرناه ، بل الظاهر ذلك كلّه لو وقع منه خطأ ، لعدم الفرق في أسباب الضمان بين العمد والخطاء .

بل هو كذلك أيضاً فيما لو أمر بالتحميل أجنبيا جاهلا بالحال ، بل المؤجر نفسه على غروره ، بل يقوى ذلك أيضاً فيما لو هيأه للموجر مدلساً له عليه ، بل وإن لم يقصد التدليس لعدم علمه بالحال إذا فرض وقوع ذلك منه خطأً ، لتحقق الغرور بالفعل ، نحو تقديم طعام الغير للآكل .

نعم لو لم يكن منه أمر ولا تدليس ولا تهيئة فحمله المؤجر ظناً منه أنه هو المستأجر عليه لم يكن عليه شيء ، للاصل السالم عن المعارض .

هذا كله مع جهل الموجر بالحال ، أمّا مع علمه فقد أطلق الفاضل والكركي عدم ضمان الدابة بتفريط الموجر بحمل الزيادة مع علمه بها بل عن التحرير والتذكرة التردد في لزوم الاجرة للزيادة لذلك وإن كان في محلّه مع فرض كون المحمّل المستأجر أو الآمر ، بل لعلّ إخباره بالكيل كذبا وتهيئته للتحميل كذلك أيضاً وإن علم الموجر بكذبه وحمله هو ، لأنّ ذلك بمنزلة الاذن في حمله ، بل هو شبه المعاطاة فلا يكون الموجر متبرعاً ، والسكوت مع العلم ليس برضى في جميع ذلك كما هو واضح .

فما في المسالك « فيما لو كان الموجر عالماً بالزيادة إن لم يقل المستأجر شيئاً وباشر الموجر التحميل فلا شيء على المستأجر ، ولا فرق بين أن يضعه المستأجر على الارض فيحمله الموجر على الدابة و بين أن يضعه على ظهرها فيسدّها الموجر ، وإن أثم المستأجر في الثاني مع احتمال الفرق » - لا يخلو من نظر .

وكذا ما في جامع المقاصد من عدم الأجرة له لتبرعه بحملها فيتجه أن يجب عليه ردّها ، وإن قال : مع احتمال لزوم الأجرة لأنه كالمعاطاة في الإجارة ، ولو أجبره بالزيادة ، و قال احملها فأجابه الموجر لزمه الأجرة مالم يظهر إرادة المجّانية من الآمر .

﴿وإن﴾ كان ﴿قد اعتبرها الموجر﴾ وحملها هو أو أمر غير المستأجر بالتحميل

﴿لم يضمن المستأجر أجرة ولا قيمة﴾ للاصل السالم عن المعارض من غير فرق ، بين الخطاء والعمد، وبين علم المستأجر وجهله ، بل لو أمره نفسه فحملها جاهلاً لم يكن عليه شيء ، بل لعلّه كذلك لو كان قدهيّأه للتحميل المغرور بفعل الموجر كما عن التذكرة أنّه قوّاه ، لكنّه تردّد فيه في المسالك .

نعم لو كان عالما فحملها من دون أمر لزمته الاجرة قطعا ، كما في جامع المقاصد، وإن كان الموجر عالماً ، بل لعلّه كذلك أيضا إذا كان جاهلاً ولم يصدر من الموجر ما يقتضي الغرور ، أمّا لو أمره الموجر بالحمل مع علمه أي المستأجر بالزيادة ففي لزوم الأجرة نظر ، كما في جامع المقاصد .

وكيف كان فيجب ردّ الزيادة حيث لا يـأذون إذن من صاحبها إليه ، بل إلى بلد الأجرة بل في المسالك لو لم يعلم المستأجر حتى أعادها الموجر إلى البلد المنقول منه ، فله أن يطالبه بردّها إلى المنقول إليه ، وفيه أنه لا دليل على وجوب ذلك ، بل لعلّ مقتضى إطلاق الأدلة خلافه ، بل لعله كذلك بالنسبة إلى بلد الأجرة ، فلا يجب حينئذ عليه إلا الردّ للمالك في أيّ مكان أو أيّ زمان ، وكذا كلّ حق هو كذلك فتأمّل جيّداً .

﴿ولو كان المعتبر﴾ والمحمل ﴿اجنبياً﴾ من غير علمهما ومن غير إذنهما ، فهو متعدّ عليهما ، يضمن الدّابة لصاحبها ، والطعام لمالكه و﴿لزمته أجرة الزيادة﴾ للموجر وفي ردّها ماعرفت ، من غير فرق في ذلك بين عمده وخطأه ، ولو تولّى الحمل بعد كيل الأجنبي أحد المتعاقدين ، فإن كان عالما فهو كما لو كال بنفسه ، وإن كان جاهلا وقد أخبره الأجنبي كاذبا ، فهو كما لو تولاّه الأجنبي ، وإلاّ فان عدنا الكيل والأعداد للحمل غروراً ضمن ، وإلا فلا .

وفي المحكي عن مجمع البرهان ولو كان بإذنهما من دون علمهما بالمقدار فهناك احتمالان (أحدهما) أن الحكم كذلك ، (الثاني) أنّ الضمان على الآذن فإن كان منهما فثلاثة إحتمالات ، أحدها : أن الحال في ذلك كما إذا كانا

معاً هما المعتبرين ، الثاني : أنه كاعتبار صاحب الدابة ، للاصل ، الثالث : أنه كاعتبار صاحب الحمل .

قلت : لا مدخلية للإذن في الضمان ، ضرورة كونها بالمقدار الخاص ، فالزيادة لاإذن فيها ، فاذا حملها بنفسه أو بغروره توجّه عليه الضمان .

نعم لو حمله العالم منهما لم يكن عليه شيء ، لعدم مباشرته وعدم غروره كما هو واضح ، ولو اعتبرا معاً وحمّلا كذلك جاهلين بالزيادة ففي ضمان الدّابة و أجرة المثل نظر، ولو كانا عالمين فلا ضمان للدابة ، وفي ضمان أجرة الزيادة وجه ولو كان المحمّل أحدهما فإن كان المستأجر فالظاهر مساواة حكمه لما إذا كان هو المعتبر مع ذلك ، وإن كان صاحب الدّابة لم يكن له شيء .

ومن ذلك كلّه ظهر لك الحال في جميع الصّور التي تتصور في المقام ، وإن ذكرنا المهم منها كظهور كون البحث في ضمان الدّابة أو نصفها أو التوزيع الذي قد تقدم سابقا إذا كان التلف بالتحميل ، لا ما إذا كان بغيره ، وكانت أمانة في يد المستأجر ، فإنه لا إشكال في ضمانه الجميع من حيث التعدي في الأمانة ، كما أنّ الأقوى ذلك أيضاً في الأوّل ، لما عرفت من استناد التلف إلى الضمّ الذي هو فعل المستأجر عدواناً ، والله هو العالم .

الشرط ﴿الخامس﴾

﴿ أن تكون المنفعة مباحة ﴾

﴿ فلو آجره مسكناً ليحرز فيه خمراً أو دكاناً ليبيع فيه آلة محرمة أو أجيرا ليحمل له مسكرا ﴾ أو جارية للغناء أو كاتباً ليكتب له كفراً و نحوه ﴿ لم تنعقد الإجارة ، وربما قيل بالتحريم وانعقاد الاجارة ، لإمكان الانتفاع في غير المحرّم ، والأول أشبه ، لأن ذلك لم يتناوله العقد ﴾ كما تقدم الكلام في ذلك كله في باب

المكاسب ، فلاحظ وتأمّل .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿هل يجوز استيجار الحائط المزوّق للتنزه قيل :﴾ والقائل ابن ادريس ﴿نعم﴾ واختاره في التنقيح واستحسنه في المسالك ﴿وفيه تردّد﴾ كما في القواعد بل منعه في محكي الخلاف والمبسوط للسفه ، ولأنّها منفعة ليس للمالك منعها ، كالاستظلال بالحائط والحق الجواز مع عدم السّفه ، وكان كاجارة الكتاب الذي فيه خطّ جيّد للتعلم منه .

الشرط ﴿ السادس ﴾

﴿ أن تكون المنفعة مقدورا على تسليمها ﴾

﴿فلو آجر عبداً آبقا لم تصح﴾ للسّفه ﴿ولو ضمّ إليه شيء﴾ لحرمة القياس على البيع عندنا ﴿و﴾ لكن ﴿فيه تردّد﴾ من ذلك ، ومن أولوية الاجارة من البيع ، لاحتمالها من الغرر مالا يحتمله البيع ، وقد أشبعنا الكلام في البيع على وجه يستفاد منه تفصيل المسألة هنا ، فلاحظ وتأمل .

﴿ولو﴾ استأجر شيئاً ف﴿منعه الموجر من﴾ تسلم﴿ه﴾ أصلا واستيفاء منفعته أجمع ، ولم يتمكن من جبره على أخذ العين منه ، أو تمكّن ولم يفعل ﴿سقطت الأجرة﴾ عند الشيخ ، وفيما حكي عن التذكرة لانفساخ العقد قهرا ، تنزيلا لذلك منزلة التلف قبل القبض ، المقتضى للانفساخ في البيع ، وفي المقام ، لتعذر تحقق المعاوضة حينئذ .

وفيه أن الأصل عدم الانفساخ ، وإنما خرجنا عنه في التلف السماوي بالنص ، فيبقى غيره على الأصل .

ومن هنا قال في المسالك تبعاً لجامع المقاصد الظاهر أن سقوطها مشروط بالفسخ ، لتعذّر حصول العين المطلوبة ، فإذا فسخ سقط المسمى إن لم يكن دفعه ، وإلا استرجعه ،

وبهذا صرّح في القواعد .

وإليه أشار المصنف بقوله ﴿وهل له أن يلتزم ويطالب المؤجر بالتفاوت فيه تردّد﴾ مما عرفت ، ﴿والأظهر نعم﴾ .

بل إن لم يكن إجماعاً أمكن القول بلزوم ذلك عليه ، لأصالة اللزوم وليس له إلا المنفعة التي قد فوّتها عليه المالك الغاصب ، فله قيمتها ، كما أنّ للموجر المسمى ، إلا أنه لما كانت الإجارة من عقود المعاوضة التي تقتضي عوضية ملك بملك ، وقبضاً بقبض ، إلا أن الثاني منهما لما كان غير معتبر في الصحة يجبر الشارع من فاته منهما بالخيار مالم تكن تلفا سماوياً كمالا يخفى على من اعتبر ذلك في جميع عقود المعاوضة. ولعلّ منه مالو أتلف المالك المبيع على المشتري قبل قبضه ، فإن المشتري حينئذ بالخيار بين الفسخ وبين الامضاء ، والمطالبة بالمثل أوالقيمة ، وذلك لأنه اجتمع فيه أمران أحدهما تعذّر تسليم العوض ، والآخر مباشرة إتلاف مال الغير ، فيتخير في الفسخ نظراً إلى الأمر الأول ، والمطالبة بالقيمة أعني أجرة المثل نظراً إلى الأمر الثاني ، ولو منعه بعد استيفاء بعض المنفعة ، فمن التذكرة الخيار أيضاً لكن لايخلو من نظر ، لأصالة اللزوم ، والفرض حصول قبض المعاوضة .

اللهم إلا أن يقال : إنه لما كان استيفاء المنفعة تدريجياً كان قبضها كذلك لأن حصوله باستيفائها ، فمنعه في الأثناء حينئذ مفوّت لقبض المعاوضة في البعض المراد منه والمخاطب به ، فيتسلّط حينئذ على الخيار ، لما عرفت ، وبذلك يظهر الفرق بين هذه وبين المسألة الآتية ، وهي منع الظالم في الأثناء .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لو منعه ظالم﴾ عن الإنتفاع بالعين ، بأن غصبها منه ﴿قبل القبض كان بالخيار بين الفسخ﴾ والمطالبة بالمسمّى إن كان قد دفعه ، وبين الإلتزام ﴿والرجوع على الظالم بأجرة المثل﴾ عوض ما استوفاه من المنفعة التي هي من أمواله ، لما عرفت من فوات القبض الّذي هو مقتضى المعاوضة .

وظاهر المصنف وغيره اختصاص رجوعه بعد الالتزام بالظالم دون الموجر ، وهو

كذلك ، لأصالة البراءة ، وإن احتمله بعضهم لكون العين في يده مضمونة عليه ، حتى يتحقق القبض .

لكن فيه أن المسلّم من ضمانه وجوب المسمّى عليه بالانفساخ أو الفسخ ، لا ضمان قيمة العين بتلف العين ، وهو واضح ، كما أن الظاهر أيضاً عدم سقوط الخيار المزبور بعود العين للمستأجر في أثناء المدة ، للأصل والتضرر بالتبعيض .

نعم ليس له الفسخ فيما مضى من المدة خاصّة ، والرجوع بقسطه من المسمّى على الموجر ، واستيفاء الباقي من المنفعة . لعدم جواز التبعيض في العقد كما هو واضح وإن تردّد فيه في القواعد ، واحتمله في المسالك ، إلّا أنه بمكانة من الضعف .

﴿ ولو كان بعد القبض ﴾ في إبتداء المدّة أو في أثنائها ﴿ لم تبطل ﴾ الاجارة قطعا ، بل ليس له الفسخ لأصالة اللزوم ، ﴿ و ﴾ الفرض أنه ﴿ كان ﴾ تمام القبض من المالك وإنّما ﴿ له الرجوع على الظالم ﴾ بأجرة المثل ، بل في المسالك تبعاً لجامع المقاصد أنّ الظالم لو كان هو الموجر فالحكم كذلك أيضاً ، لكن قد سمعت ما حكيناه عن التذكرة وتوجيهه والله العالم .

﴿وإذا انهدم المسكن﴾ مثلا وفات أصل الانتفاع ولم يمكن إعادته انفسخت الاجارة ، لتعذر المستأجر عليه ، فله من المسمى حينئذٍ بنسبة ما فات من المنفعة ، وإن لم يفت أصل الانتفاع وأمكن إزالته ﴿ كان للمستأجر فسخ الاجارة ﴾ مع فوات بعض المنفعة للتعيب بالتبعيض ، ﴿ إلا أن يعيده صاحبه ويمكّنه منه ﴾ بسرعة على وجه لم يفت الانتفاع ، بل كان موصولا بعضه ببعض ، لعدم التضرر حينئذٍ ، فيبقى أصل اللزوم بحاله .

﴿ و ﴾ لكن مع هذا ﴿فيه تردد﴾ ينشأ من ذلك ، ومن ثبوت الخيار بالانهدام فيستصحب ، بل اختاره في جامع المقاصد ، وقواه في المسالك ، وإن كان قد يناقش فيه بمنع ما يدل على ثبوته بالانهدام من حيث كونه إنهداماً ، وإن لم يفت به شيء من المنفعة على وجه تنقطع به أصالة اللزوم ، اللهم إلا أن يستبعد الفرض ، ﴿ و ﴾ هو

خروج عن محل البحث .

نعم لو تمادى الموجر في إعادته على وجه قد فات بعض المنفعة ، فالخيار باق ، وإن أعاده كما سمعت ، فان فسخ المستأجر حينئذ رجع بنسبة ما تخلف من الاجرة إن كان سلّم إليه الاجرة وإلا دفع إليه منها ما قابل ما استوفاه منها ، بلا خلاف ولا اشكال في ذلك ، والله العالم .

وكيف كان فلا يخرج بالشرط المزبور الاستيجار للسنة القابلة ، وخصوصا إذا كانت متصلة بالسنة التي هي للمستأجر ، خلافا للمحكي عن الشيخ وأبي الصلاح فلا يصح لعدم الدليل ، وتعذر التسليم ، وفيه : أن الدليل عموم [1] « أوفوا » وغيره ، والتسليم واجب زمان الاجارة .

نعم لا فرق في تعذر التسليم المانع من صحة الاجارة بين العقلي والشرعي ، فلو استأجر لقلع ضرس صحيح أو قطع يد صحيحة ، أو جنبا أو حائضاً بخصوصهما لكنس المسجد في زمان حدثهما لم تصح .

أما لو كانت السن وجعة أو اليد متاكلة على وجه يستحسنه العقلاء صحت ، فان زال الألم قبل القلع انفسخت الاجارة وكذا لا يخرج به اجارة الزوجة نفسها من دون إذن الزوج باعتبار استحقاقه منافعها ، ضرورة أنه ليس له إلاّ استحقاق الاستمتاع ، فتصح إجارتها فيما لا يعارضه ، وأمّا فيه فهو موقوف على إذنه .

بل في جامع المقاصد انفساخها لو فرض إجارتها بدون إذنه في زمان مخصوص مطمئن فيه بعدم الاستمتاع فاتفق إرادة الزوج فيها ذلك على خلاف العادة ، تقديما لحقّه على حقّ المستأجر ، ولو كانت الاجارة على عمل في الذمة كخياطة ثوب أو حمل متاع فغصب العبد الخياط والدّابة الحاملة من الموجر قبل قبض المستأجر فله مطالبة المالك ، لعدم ما يقتضي تعيين حقه بذلك .

نعم إن تعذر البدل ففي القواعد « تخير بين الفسخ ، والامضاء والصبر إلى

(١) سورة المائدة الآية ـ ١ .

التمكن » وتبعه في جامع المقاصد ولا يخلو من بحث ، وكذا ما فيهما أيضاً من أنه لو كان الغصب بعد القبض طالب المستأجر باجرة المثل خاصة ، وإن كان في ابتداء المدّة فلاخيار له ، لأن الغصب بعد قبض العين ، واستقرار العقد ، وبراءة الموجر ، ولو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء والموجر من التغرير بما له ، تخيرا ، بل احتمل بعضهم الانفساخ .

ولو اختص الخوف بالمستاجر تخير أيضاً أو انفسخ العقد إذا كان المراد استيفاؤه بنفسه ، وإلا فلا خيار لامكانه اجارتها ، ولعلّه المراد للفاضل في محكي تحريره ، ولا ينفسخ بالعذر ، فلو اكترى جملا للحج ثم بداله أو مرض ولم يخرج لم يكن له فسخ الاجارة .

ولذا حكي عن الشهيد في الحواشي المنسوبة إليه عليه تقييده بالمرض الذي يتمكن من الخروج معه ، قال : « أما لو لم يمكنه الخروج أصلا ، ولم يجز له اجارته لغيره كان يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه ، فانه يقوى الفسخ » .

لكن في جامع المقاصد «عندي فيه شيء لأن تعذر الاستيفاء إذا اختص بالمستاجر ولم يكن من قبل الموجر مانع ففي اسقاطه حق الموجر وتسليطه المستاجر على الفسخ أو الحكم بالانفساخ اضرار بالموجر لمصلحة المستاجر » .

وفيه : أنه مثل الأجير على قلع ضرس فسكن ألمه ضرورة اشتراكهما في منع المستاجر من الفعل وإن بذل الموجر له باعتبار كونه معاونة على الاثم والعدوان فتامل جيداً والله العالم .

ولو استاجر داراً للسكنى مثلا فحدث خوف عام يمنع من الاقامة بذلك البلد تخيّر في الاقوى ، وفي القواعد نظر ، ولعلّه فرق بين هذه المسالة والسابقة أن الخوف في تلك على المستاجر والدابة بخلافه هنا ، فانه على المستاجر دون الدار ولذا نظر في هذه ، وقرّب الخيار في الأولى ، إلا أن الظاهر ثبوت الخيار في المقامين لقاعدة لا ضرر بعد عموم العذر شرعاً عن الاستيفاء ، بل ربما احتمل الانفساخ قهراً .

نعم لو اختص الخوف بالمستاجر لم يكن له خيار إلاّ مع اشتراط الاستيفاء بنفسه فإنه ياتي فيه أيضاً الخيار أو الانفساخ ، ولو استاجره لصيد شيء بعينه ففي القواعد لم يصح ، لعدم الثقة بحصوله أي فلاتكون المنفعة مقدوراً على تسليمها بحسب الغالب ، وقد تقدّم لنا في كتاب البيع عند البحث على اشتراط القدرة على التسليم فيه ما يستفاد منه حكم ذلك وغيره فلاحظ وتامل والله العالم .

﴿ الفصل الثالث في احكامها ﴾

﴿ وفيه مسائل : الاولى : إذا وجد المستأجر بالعين المستاجرة ﴾ بالخصوص ﴿ عيبا ﴾ سابقا لم يعلمه ﴿ كان له الفسخ ﴾ كما عن المبسوط وغيره بل عن ظاهر الغنية الاجماع عليه وعن التذكرة لانعلم فيه خلافاً إذا كان سابقا يوجب نقصاً تتفاوت به الاجرة وحكى فيها عن ابن المنذر نفي الخلاف فيه أيضاً ، بل أكثر من الأمثلة لذلك وظاهر بعضها تجدد العيب فضلا عن سابقه ، لكن تقييدهما بالمنقص مناف لاطلاق جماعة و صريح آخرين كما أنه صرح غير واحد بل لا أجد فيه خلافاً بينهم .

بل لعلّه معقد نفي خلاف التذكرة وابن المنذر بقرينة ما ذكراه من الأمثلة عدم الفرق في ثبوت الخيار المزبور بين استيفاء بعض المنفعة وعدمه ، ويكون حينئذ كخيار الغبن في عدم السقوط بالتصرف ، وبذلك يفترق عن خيار العيب في البيع الذي يتعين الارش به ، بل صريح قول المصنف كغيره ﴿أو الرضا بالأجرة من غير نقصان﴾ عدم الأرش هنا أصلاً .

نعم في اللمعة « وفي الأرش نظر » وفي جامع المقاصد تارة ينبغي أن يكون هذا حيث لا يكون العيب منقصاً للمنفعة ، فإنه مع ذهاب بعض العين يجب التقسيط قطعاً مع الخيار ، وأخرى الأصحّ وجوب الأرش وثالثة لا أستبعد ثبوت الأرش كثيراً ،

واستوجهه في المسالك ، واستحسنه في الروضة .

وكأن الوجه في ما ذكره الأصحاب أن العقد إنما جرى على هذا المجموع وهو باق ، فإما أن يفسخ أو يرضى بالجميع ، و ثبوت الأرش في البيع للنص فلا تقاس عليه الإجارة ، والضرر مندفع بالخيار الذي هو المعتاد في جبر الضرر الناشي من لزوم العقد ، وبذلك ظهر أن الثابت الخيار خاصة في الفرض .

﴿ ولو كان العيب مما يفوت به بعض المنفعة ﴾ بمعنى إذا لم يفت به شيء أو فات به البعض كما في المسالك قال : « لا ما إذا كان يفوت به الجميع ، لأن ذلك يبطل العقد » .

قلت : يمكن أن يريد المصنف بفوات البعض فوات كمالها كالدابة العرجاء أو الجموح أو نحو ذلك مما يكون فيه أصل الانتفاع موجوداً ، إلا أنه ليس على الوجه المراد للمستأجر ، لا أن المراد فوات بعض المنفعة أصلاً كدار وجد بعض بيوتها خراباً فإن المتجه في ذلك التقسيط لو اختار اللزوم لأنه من قبيل تبعض الصفقة ، وليس مما نحن فيه من وجدان العيب في العين المستأجرة المنصرف إلى ما ذكرنا دون ذلك ، وإن أطلق عليه اسم العيب توسعاً .

ولعل هذا هو الذي قطع به المحقق الثاني فيما عرفت ، كما أن الفرد الآخر محل للنظر في ثبوت الأرش من جهته ، وقد عرفت أن مقتضى أصول المذهب وقواعده ثبوت الخيار له من دون أرش بعد حرمة القياس عندنا ، وكون ذلك عند التأمل من فوات الوصف الذي لا يوزع الثمن عليه في البيع ، وإن تفاوت قلة وكثرة بالنسبة إليه .

نعم يبقى الاشكال في ثبوت الخيار بالعيب في العين ، وإن لم يكن مفوتا لشيء من كمال المنفعة ، ولا فيه نقص على المستأجر باستيفاء المنفعة ، كالدابة البتراء أو الجدعاء أو نحو ذلك .

ودعوى أن الصبر على مطلق العيب في العين المستأجرة ضرر لا دليل عليها ،

كدعوى أن مورد العقد العين لاستيفاء المنفعة ، فتنصرف إلى الصحيحة كالبيع ، ولعلّه إلى هذا أومأ الفاضل في التذكرة في التقييد المزبور ، كما أن غيره من الاصحاب نظر إلى ما ذكرنا من العيب الّذي لا يكون به تفويت لكمال المنفعة ، إلّا أن فيه نقصا على المستأجر باستيفاء المنفعة منه . أما إذا لم يكن كذلك ، فلعلّه غير مراد للجميع ، ويبقى على أصالة اللزوم .

أللّهمّ إلاّ أن يدعى انصراف عقد الاجارة إلى العين الصحيحة كالبيع ، وفيه منع ، وحينئذ يتجه فيه الخيار خاصة من دون أرش ، ضرورة عدم النقص في منفعته وهو انما يتوجه فيما إذا تفاوتت اجارة العين سليمة ومعيبة ، فإن نسبة ذلك التفاوت من المسمّى هو الأرش .

ومن التأمل فيما ذكرنا بان لك الوجه في جميع أطراف المسألة حتى ثبوت الخيار مع استيفاء بعض المنفعة ، لما عرفت من عدم الأرش له أصلا ، فالزامه بالعين المفروض عيبهاضرر ، على أن المنفعة حصولها تدريجي ، فمابقي منها لم يتصرف فيه بشيء ، ومنه ينقدح الوجه فيما حكي عن التذكرة من ثبوت الخيار أيضاً في العيب المتجدد بعد العقد أيضاً ، لكونه حينئذ عيبا سابقاً على القبض ، وليس قبضه للعين قبضاً لها بالنسبة إلى ذلك كما هو واضح .

فاذا فسخ بعد استيفاء البعض ثبت عليه من المسمى بالنسبة ، لأن الفسخ في الحقيقة لما بقي ولذا لم يكن له فسخ لوفرض استيفاء الجميع واحتمال أن له الفسخ فيما مضى فيثبت حينئذ للموجر أجرة المثل واضح الضعف .

وعلى كلّ حال فلو فسخ بالعيب وقدكان الموجر قد باع العين فالمنفعة للبايع لعدم استحقاق المشتري إياهابعد أن شراهامسلوبة المنفعة المخصوصة وبذلك انقطعت تبعيتها للعين فيستصحب والله العالم .

هذا كلّه إذا كانت العين المستأجرة مشخصة ، أما إذاكانت مطلقة لم ينفسخ العقد

وكان على الموجر الابدال .

نعم لو تعذر أو امتنع ولم يمكن إجباره تخيّر لقاعدة الضرر ، وقد تقدم في كتاب السلم ما له نفع في المقام فلاحظ وتأمّل والله العالم .

المسألة ﴿ الثانية : إذا تعدّى في العين المستاجرة ﴾ وإن كانت أمانة في يده ﴿ ضمن قيمتها وقت العدوان ﴾ وإن تلفت بغيره ، كما في كلّ أمانة تعدّى فيها بلا خلاف ولا إشكال نصاً وفتوى ، بل الاجماع بقسميه عليه ، لكن على معنى دخولها في ضمانه من ذلك الوقت إلى حين التلف في يده ، فيضمن قيمتها وقته على الأقوى ، وقيل : أعلى القيم ، وقيل غير ذلك ، لأن المراد ضمان قيمتها حينه ، وإن تلفت بعد ذلك ، واختلفت قيمتها زيادة أو نقصا كما هو ظاهر المصنف والقواعد ومحكي التحرير والايضاح وجامع الشرايع .

ولعلّه لما في صحيح أبي ولاّد [1] « فقلت : أرأيت لو عطب البغل أو نفق أوليس كان يلزمني ؟ قال : نعم قيمة البغل يوم خالفته » لكن فيه بعد ذلك « قلت : فان أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر ؟ قال : عليك قيمة ما بين الصحيح والمعيب يوم ترده » .

والتحقيق ما عرفت بل لم أجد ذلك قولاً لأحد في غير المقام ، وربما كان فيه ضرر على المالك إذا فرض علوّ قيمتها يوم التلف عن يوم العدوان ، وقد تقدّم تحقيق المسألة ويأتي انشاء الله تعالى .

وعلى كل حال فظاهر قوله قيمتها تمامها وإن كان التعدّي بزيادة تحميلها على المشروط ، خلافا لما عن الشافعي من أنه إن كان المالك معها ضمن النصف وإلاّ ضمن الكلّ أو التوزيع على مجموع الفراسخ ، بان كان التعدي بتجاوز المسافة ويعطى العدوان بالقسط .

بل في القواعد ولو استاجر الدّابة لحمل قفيز فزاد فهو غاصب ضامن للجميع ولو سلّم إلى الموجر ، وقال : إنه قفيز وكذب فتلفت بالحمل ضمن النصف ، ويحتمل

---

(١) الوسائل الباب ـ ١٧ ـ من أبواب أحكام الاجارة الحديث ـ ١ .

بالنسبة ، إلا أنه كما ترى مناف لاطلاق الضمان في النّص و الفتوى ، فلا يقاس على ما ذكر في القصاص و الديات من أنه لوجرحه زيد و عضّه الأسد مثلا فسريا ضمن الجارح النصف ، وكما لوجرحه واحد عمداً وآخر باستيفاء قصاص مثلا فسريا على أن يكون الجامع بينهما ، إذالتلف في مسألة التحميل مثلا قد استند أيضاً إلى ما هو بحق ، وهو القدر المشروط ، وإلى غيره وهو الزايد .

الا أنه اجتهاد في مقابلة النص و الاجماع ، بل و القواعد عند التأمل ، خصوصاً بعد امكان دعوى عدم الاذن في القدر المشروط حال انضمامه إلى ما صاربه التلف من الزائد ، و إن كان فيه ما عرفته سابقا .

نعم يكفي في الضمان كون الضم من فعل المستأجر فهو في الحقيقة كمن حمل دابة الغير زيادة على ما حملها مالكها قهرا فتلفت بمجموع ما كانت من المالك و الظالم ، فتأمّل جيدا . فانه قد مرّ في المباحث السابقة ما يعلم منه الحال هنا في ذلك و في غيره ، بل و في اصل المسألة التي يأتي الكلام فيها أيضاً في كتاب الغصب ، و الله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لو اختلفا في القيمة كان القول قول المالك ، إن كانت﴾ العين المستأجرة ﴿ دابة و قيل : القول قول المستأجر على كل حال ﴾ من غير فرق بين الدّابة و غيرها ﴿و هو أشبه ﴾ باصول المذهب و قواعده التي منها أصل البراءة و غيره ، و بها يكون المستأجر المنكر ، بل لم يحضرني القائل بالأول ، و إن حكي عن الشيخ لكن لم اتحققه .

نعم عن الشيخ في النهاية بل و غيره أن القول قول المالك في مطلق المغصوب من غير فرق بين الدّابة وغيرها ، و وضوح ضعفه على كل تقدير يغني عن البحث عن قائله . والله العالم .

المسألة ﴿ الثالثة : من تقبل عملا ﴾ في ذمته من غير اشتراط المباشرة ﴿ لم يجز أن يقبله غيره بنقيصة ﴾ كما عن النهاية و السرائر و الإرشاد و التحرير بل في

المتن ﴿ على الأشهر ﴾ بل في المسالك المشهور ﴿ إلا أن يحدث فيه ما يستبيح به الفضل ﴾ .

ففي صحيح ابي حمزة[1] «عن ابي جعفر عليه السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه و يدفعه إلى آخر فيربح فيه قال : لا» .

و في صحيح محمد بن مسلم [2] « عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه ، و يدفعه إلى آخر فيربح فيه قال : لا إلا أن يكون قد عمل فيه شيئا » .

وفي خبره الآخر[3] عنه أيضاً «عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه ويعطيه من يخيطه ويستفضل قال: لا بأس قد عمل» ونحوه خبر أبي حمزة عن الباقر عليه السلام المروي عن المختلف و غاية المراد .

و في خبر ابي محمد الخياط [4] «قلت لأبي عبدالله عليه السلام : أتقبل الثياب اخيطها ثم أعطيها الغلمان بالثلثين قال: أليس تعمل فيها، فقلت : أقطعها وأشترى الخيوط ، قال : لا بأس » مؤيدا ذلك كله بما مر سابقاً من النصوص[5] المتضمنة لحرمة فضل الاجير .

ولا ينافي ذلك ما في خبر علي الصائغ [6] «قلت لأبي عبدالله عليه السلام أتقبل العمل، ثم أقبله من غلمان يعملون معي بالثلثين ، فقال : لايصلح ذلك إلا أن تعالج معهم فيه، قال : قلت : فإني أذيبه لهم ، قال : فقال : ذاك عمل فلا بأس» لعدم صراحة لا يصلح في الكراهة ، بل ولا ظهورها .

كما لا ينافيه خبر الحكم الخياط [7] « قلت لابي عبدالله عليه السلام : إني أتقبل الثوب بدراهم و أسلمه بأقل من ذلك لا أزيد على أن أشقه ؟ قال : لا بأس به ، ثم

---

(١) (٢) (٣) (٤) الوسائل الباب - ٢٣ - من ابواب احكام الاجارة الحديث - ٢ - ١ - ٥ - ٦

(٥) الوسائل الباب - ٢٠ من ابواب احكام الاجارة .

(٦) (٧) الوسائل الباب - ٢٣ - من ابواب احكام الاجارة الحديث - ٧ - ٢

قال : لابأس فيما تقبّلته من عمل قداستفضلت فيه» بعد كونه مطلقا منزّلا على المقيد الذي هو مفروض سؤاله .

و حينئذ فما وقع من ثاني الشهيدين من الجمع بين هذه النصوص بالكراهة لايخلومن نظر، وإن وافقه على الجواز الفاضل في القواعد والتذكرة وأوّل الشهيدين و ثاني المحققين و الخراساني ، إلاّ أن العمدة للفاضل في الجواز أنه روى صحيح أبي حمزه لا بأس ، كما عن السرائر روايته كذلك ، و إنما الموجود فيما حضرنا من نسخة الوسائل و الوافي ما حكيناه ، و في مفتاح الكرامة ليس له في التهذيب عين ولا أثر، و الظاهر أنه سهو و غفلة ، ثم حكى عن التهذيب و مجمع البرهان و الوافي روايته كما ذكرنا .

ثم إن ظاهر النصّ و الفتوى الاكتفاء بمسمى الحدث و العمل فيه ، وحينئذ فلا إشكال في الجواز . و في اللمعة لا بحث كما في الروضة الاجماع عليه ، و لم يذكر أحدهنا الجواز باختلاف الجنس .

نعم عن التذكرة أنه حكى عن الشيخ عدم الجواز مع اتحاد الجنس إلا أن يعمل فيه شيئا ولم نتحققه لكن قد سلف لنا في مسألة الأجير و البيت ما يمكن أن يكون وجها لذلك فلاحظ و تأمل . هذا.

و قد ينساق من النص و الفتوى أن محلّ البحث في العمل بالعين كخياطة الثوب وصياغة الخاتم ونحوهما ، أمّا العمل الصرف كالصوم والصلاة و الحج ونحوها فيبقى على أصل الجواز .

اللهم إلا أن يقال : إنّ ذكر بعض لوازم العمل في العين لا يقتضي تقييد ذلك به وحينئذ يعتبر في جواز تقبيله بالأقل عمل شيء منه .

﴿و﴾ كيف كان فحيث يكون العمل في العين ﴿لا يجوز تسليمه إلى غيره إلا باذن المالك﴾ لأنه أمانة في يده ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لو سلّمها من غير إذن﴾ فتلفت ﴿ضمن﴾ للتعدي كما هو واضح .

لكن في المسالك بعد أن فرض المسألة على تقدير القول بجواز التقبيل قال : « و الوجه حينئذ أنه مال الغير ولايصح تسليمه إلى غير من استأمنه عليه ، و جواز إجارته لا تنافي ، بل يستأذن المالك ، فإن امتنع أي المالك رفع الاجير أمره إلى الحاكم ، فإن تعذر احتمل جواز التسليم حينئذ لتعارض حق العامل الثاني و حق المالك ، فيقدم العامل ، وفاء بالعقد و يحتمل تسلطه على الفسخ لاغير ، لأن المالك مسلط على ماله يعطيه من شاء ، و يمنعه من شاء ، و الحال أنه لم يرض بأمانته .

و لو قيل بجواز التسليم مطلقا حيث يجوز التقبيل كان حسنا لصحيحة علي بن جعفر (١) عليه السلام عن أخيه موسى عليه السلام في عدم ضمان الدابة المستأجرة بالتسليم إلى الغير إذا لم يشترط عليه ركوبها بنفسه .

و إذا كان الضمان ساقطا مع تسليمها لاستيفاء المنفعة لغير المالك ، فسقوطه مع كون المنفعة للمالك أولى ، و إليه مال في المختلف ، و ابن الجنيد جوز التسليم من غير ضمان مع كون المتسلم مأمونا ، و لكن ينبغي تقييده بكون المدفوع إليه ثقة و إلا فالمنع أوجه » .

قلت : قد سلف لنا في جواز تسليم العين ما يستفادمنه المنع هنا أيضا ، و أن جوازالتقبيل أعم من ذلك، ضرورة إمكان عمل الغير فيه ، و هو في يده و ليس له على المالك الإذن ، حتى يرفع أمره إلى الحاكم ، كما أنه ليس له الفسخ من هذه الجهة .

و صحيح علي بن جعفر ـ عن أخيه عليه السلام (٢) الذي هو «سألته عن رجل استاجر دابة ، فأعطاها غيره فنفقت ماعليه ؟ قال : إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها ، و إن لم يسم فليس عليه شيء » ـ لا صراحة فيه بل ولا ظهور في خروج العين عن يدالمستأجر الأول ، و إنما المراد ، السؤال عن تلفها حال ركوب الغير لها ، و إن كانت هي في يد الأول ، ولاريب في أن الحكم فيها ما ذكره عليه السلام كما أوضحنا

(١) (٢) الوسائل الباب ـ ١٦ـ من ابواب أحكام الاجارة الحديث ـ١.

ذلك سابقاً . و على كل حال فلا ينبغي الخروج عن قواعد الشريعة بنحو ما ذكره الذي عندالتأمل من غرائب الكلام .

المسألة ﴿ الرابعة : يجب على المستأجر سقي الدّابة و علفها و ﴾ حينئذ ﴿لو أهمل ضمن ﴾ كما في الارشاد ، وعن الروض و ظاهر النهاية و السرائر ، إلاّ أنه لايخفى عليك مافيه إن كان المراد وجوب ذلك عليه من ماله ، على وجه لايرجع به على الموجر ، ضرورة أنه إن كان المقتضي لذلك عقد الإجارة باعتبار اقتضاء العادة، ففيه منع واضح كوضوحه إذا كان باعتبار وجوب نفقة الدابّة على من ملك منفعتها .

نعم إن كان وجوب ذلك باعتبار كونها وديعة و أمانة في يده ، و يجب عليه ذلك مقدمة لحفظها مع فرض عدم كون صاحبها معها ، ففيه ما تقدّم سابقاً من أنه على فرض ذلك ، و انحصارالأمر بالنفقة من ماله يرجع به على الموجر إن كان بأمر الحاكم، أومع الإشهاد أو بدونه كما عرفت البحث فيه مفصلا ، و إن كان قد أخذوا ذلك مما تسمعه في الأجير المنفذ في حوائج المستأجر .

ففيه أن القياس محرّم عندنا بعد تسليم الحكم في المقيس عليه ، و ستسمع البحث فيه إنشاء الله تعالى ، ولعلّه لذلك وغيره جزم بوجوبها على المالك فيالتذكرة و التحرير و المختلف و اللمعة والحواشي و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة ومجمع البرهان و الكفاية على ما حكي عن بعضها .

بل هو المحكي عن ظاهر أبي علي ، و الفخر أيضاً لأنّها تابعة للملك ، و الأصل عدم وجوبهاعلى غيره ، بل يمكن حمل عبارة المتن على ارادة السقي والعلف البدني ، لا المالي الذي هو واجب على المالك .

نعم لولم يكن مالك ، و كانت العين أمانة في يده كان حكمها حكم الوديعة الذي قد سمعت تصريح غيرواحدمن الأصحاب به فيجب الانفاق عليه مع غيبة المالك بإذن الحاكم ، و يرجع به ، ولو تعذر أشهد ، فان تعذراقتصرعلى نيّة الرجوع ، و

كان القول قوله في قدرها كما تقدم في الوديعة .

لكن لا يخفى مافيه من الاشكال إن لم يكن اجماع ، إذ ليس ذلك من مقتضى عقد الوديعة ، و إلا لم يحتج إلى الرجوع إلى الحاكم ، كما في غيره من أنواع حفظ الوديعة ، على أنه ليس في الأدلة فضلاعن اطلاق عقد الوديعة ما يقتضي وجوب حفظ الوديعة على وجه يجب بذل المال و لو بنية الرجوع مقدمة له ، و إنما الثابت وجود الحفظ بغير ذلك ، و وجوب حفظ النفس أو مال الغير ليس من أحكام الأمانة .

أللهم إلا أن يدعى صدق الخيانة مع عدم ذلك منه ، و فيه منع واضح هذا ، و قد سبق في الوديعة مايستفاد منه البحث فيه هنا ، خصوصاً مع اشتراطها على الموجر ، على أن يكون معها ، فقصّر ولم يفعل . فلاحظ والله العالم .

المسألة ﴿ الخامسة : إذا أفسد الصانع ضمن و لو كان حاذقاً ، كالقصّار يحرق الثوب أو يخرق ، أو الحجّام يجني في حجامته ، أو الختّان يختن فيسبق موساه إلى الحشفة أو يتجاوز حدّ الختان ، و كذا ﴾ الكحال و﴿ البيطار ، مثل أن يحيف على الحافر ، أو يفصد فيقتل ، أو يجني ما يضرّ الدابّة ، و لو احتاط و اجتهد﴾ من غير فرق عندنا في جميع هؤلاء بين المشترك و الأجير الخاص منهم ، و بين كون العمل في ملكه أو ملك المستأجر ، و بين حضور ربّ المال أو غيبته بلاخلاف أجده في شيء من ذلك بين المتقدمين و المتأخرين منا .

بل في محكي الانتصار الاجماع على ضمان الصانع ، كالخياط و القصّار و ما أشبههما لما جنته أيديهم على المتاع بتعدّ و غير تعدّ ، و في جامع المقاصد و المسالك و التنقيح الاجماع على ضمان الصانع ما يتلف بيده حاذقا كان أو غير حاذق مفرطاً أو غير مفرط ، و في محكي السرائر نفي الخلاف بين أصحابنا عن ضمان الملاّحين والمكاريين ماتجنيه ايديهم على السلع ، و في التنقيح نفي الخلاف عن ضمان الصانع ، و في الكفاية أنه لايعرف فيه خلافاً ، وفي محكي الخلاف والغنية الاجماع على ضمان الختّان و الحجّام والبيطار .

كلّ ذلك مضافاً إلى سببيّة الاتلاف للضمان و إلى صحيح الحلبي[١] و حسنه عن أبيعبدالله عليه السلام «في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده، فقال : كل عامل أعطيته أجرا على أن يصلح فأفسد فهو ضامن» .

و كذا خبر السكوني [٢] و الكناني [٣] و إلى المرسل [٤] عن أميرالمؤمنين عليه السلام « من تطبّب أو تبيطر ، فليأخذ البراءة من وليّه ، و إلا فهو ضامن » و أنه [٥] « ضمّن ختانا قطع حشفة غلام » الذي عن المقتصران عليه عمل الاصحاب وعن تعليق النافع أن عليه العمل وديات النافع أنه مناسب للمذهب ، بل عن السرائر أنه صحيح .

ومن ذلك يعلم الحال في ضمان الحجّام والختّان ، و إن لم يتجاوز لمحلّ القطع إذا اتفق حصول التلف بفعله ، لكن في محكي السرائر لو لم يتجاوز محلّ القطع مع حذقتهم في الصنعة ، فاتفق التلف ، فإنّهم لا يضمنون ، و عن الكفاية أنه غير بعيد .

و فيه أنه مناف لقاعدة الإتلاف و غيرها ، و من هنا قال في جامع المقاصد : بعد أن حكاه عنه هذا صحيح إن لم يكن التلف مستنداً إلى فعلهم ، و لكن قد يناقش بعدم صدق الجناية على ذلك ، ونحوه ممّا بين مستأجر عليه و مأذون فيه ، بل لعلّ ذلك هو التحقيق في المسألة ، و بين ضمان الصنّاع لما يجنيه أيديهم و إن كان من غير تقصير منهم ، بل و كذا الطبيب و البيطار إذا حصل التلف بالطبابة والبيطرة، و لعل ذلك مقتضى القاعدة فضلاً عن النصوص التي سمعت جملة منها .

و في خبر بكر بن حبيب[٦] عن أبيعبدالله عليه السلام «لايضمن القصّار إلاّ ماجنت يداه ، وإن اتهمته أحلفته» وحينئذ لاضمان مع عدم الفساد من حيث الصنعة و العمل،

---

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب ـ ٢٩ ـ من أبواب أحكام الاجارة الحديث ـ ١٩ ـ ١٠ ـ ١٣ ـ

(٤) (٥) الوسائل الباب ـ ٢٢ ـ من أبواب موجبات الضمان الحديث ـ١ـ٢

(٦) الوسائل الباب ـ ٢٩ ـ من ابواب أحكام الاجارة الحديث ـ١٧ .

و إن اتفق نقصان قيمة الثوب مثلاً بحصول العمل منه ، و كذا المأمور بالختن و الحجامة و نحوهما ، و لم يكن منه فساد و خيانة من حيث العمل المأمور به ، وإن اتفق التلف به .

نعم لوكان ذلك بعنوان الطبابة والبيطرة ترتب الضمان لحصول الفساد بماكان يراد منه الصلاح و إن لم يكن عن تقصير و الله العالم .

ثم إنّ الظاهر عدم الفرق بين البيطار والطبيب في كثير من الأدلّة السابقة و حينئذ ينبغي إتّحاد حكم الطبيب معه ، بلهو أحد الصنّاع ، بل داخل فيإطلاق صحيح الحلبي و غيره من النصوص ، مع أخذه الأجرة على ذلك ، من غير فرق بين القاصر الذي حكي الإجماع على ضمانه ، والعارف المقصّر الذي نفى الخلاف عنه، بل عن ظاهر ديات التنقيح الإجماع على ضمان العارف إذا عالج صبيا أو مجنوناً أو مملوكا بدون إذن الولي و المالك ، و هو كذلك .

بل يقوى الضمان أيضاً في العارف الماهر علما و عملا المأذون بأجرة و غيرها فأتلف ، للمرسل المزبور ، وقاعدة الإتلاف والقتل خطأ وانه لايطل دمامرىء مسلم وغير ذلك ، والاذن في العلاج لافي الاتلاف لاتنافي الضمان به ، كما في الصّانع و غيره ، و لم أجد خلافا صريحا فيذلك إلا منالمحكي عنابن ادريس والتحرير، فلم يضمناه للأصلالمقطوع بماعرفت ودعوى سقوط الضمان بالإذنالمقتضية تسويغالفعل فلا يستعقب ضماناً الممنوعة على مدّعيها .

و من هنا اتفق من عداهما من الأصحاب على الضمان و إن خلت جملة من العبارات عن التقييد بالإذن ، لكن حملها على خصوص حال عدم الإذن لادليلعليه، ولاداعي إليه إنّما الكلام في صدق إتلافه ولاريب فيتحققه بمباشرته العلاجبنفسه، بل و بأمره بناء على قوة السبب على المباشر في مثله ، بل وبوصفه له أن دواءك كذا و كذا ، كما عن التذكرة التصريح به .

بل عن بعضهم التأمل في ضمانه لو قال : الدواء الفلاني نافع للمرض الفلاني، الا أنه كما ترى مناف لأصول المذهب و قواعده ، بل الظاهر عدمه لو قال مثلا : او

كنت مريضاً بمثل هذا المرض لشربت هذا الدّواء كما أن المشهور على ما قيل البراءة بأخذها من المريض أو الولي للمرسل المزبور و غيره مما تسمعه إنشاء الله في كتاب الديات الذي هو محل المسألة و توابعها .

و كيف كان فماذكرناه في أصل المسألة إنّما هو التلف وما شابهه بيده ﴿أمّا لو تلف في يد الصانع لا بسببه ، من غير تفريط ولا تعدّ لم يضمن على الأصح﴾ للأصل و كونه أمينا ، لكن في المسالك «قيل : أنه كذلك في الضمان ، بل ادّعى عليه المرتضى الاجماع ، و ما اختاره المصنف أقوى ، لاصالة البراءة ، ولأنّهم أمناء ، فلا يضمنون بدون التفريط ، و في كثير من الأخبار دلالة ، والاجماع ممنوع » .

قلت : خلاف المرتضى و اجماعه إنما هو في تصديق دعواه التّلف ، و هو غير ما نحن فيه من معلوم التلف في يده بغير تعدّ ولا تفريط ، و ستسمع تحقيق ذلك في المسألة الثانية من الفصل الرابع ، و حينئذ لم اعرف الاشارة بالأصح في المتن إلى خلاف معلوم لأصحابنا .

﴿و كذا الملاح﴾ يضمن ما يتلف بيده و حذقه ، أو ما يعالج به السفينة من الاحبال و الأخشاب ، بلا خلاف أجده فيه ، بل في جامع المقاصد نسبته للنص و الاجماع ، و قد سمعت معقد اجماع الانتصار و نفي الخلاف في السرائر و النصوص وغير ذلك ممّا يندرج فيه من غير فرق بين تعدّيه و تفريطه و عدمهما ، و بين حضور المالك و غيبته ، كما عن السرائر التصريح به .

﴿ و ﴾ كذا يضمن ما يتلفه ﴿ المكارى ﴾ آدميا و غيره بقوده و سوقه ، و انقطاع الحبل الذي شدّ به حبله مثلا كما نصّ عليه غير واحد ، بل في جامع المقاصد نسبته إلى النصّ و الاجماع ، ولعلّه اراد النصوص السابقة ، و قد سمعت نفي الخلاف في السرائر و معقد اجماع الانتصار .

بل يمكن دعوى تناول الفتاوى له ، و ان وقع لفظ الصانع في بعضها ، إلا أنه يمكن ارادة مطلق الاجير منه . كما سمعته في النصوص و لعله لذلك ادّعى في

الجامع الاجماع بقرينة احتمال كون تعثّر الدّابة جناية من الأجير في حال كونه معها ، وإن كان يقوى القول بأنه حال عدم اعتياد قود الدابة لمكان استواء الأرض ، كانكسار السفينة الذي هو ليس من فعل الملاّح ، وفي خبر السكوني[1] عن أمير المؤمنين عليه السلام « أنه كان لا يضمن من الغرق والحرق » .

﴿و﴾ على كل حال لا إشكال في أصل ضمانهما بما عرفت ، بعد وضوح الدليل عليه ، كوضوحه على أنهما ﴿لا يضمنان﴾ مع عدم التلف منهما ، ﴿ إلاّ ما يتلف﴾ بتعدّ أو ﴿ عن تفريط ﴾ منهما على نحو غيرهما من الأمناء ﴿ على الأشبه ﴾ بل لم يحضرني خلاف فيه ، لما ستعرف من أنّ خلاف المرتضى وغيره في قبول قولهما ، لا في عدم ضمانهما مع معلومية التلف كذلك والله العالم .

و أمّا الحمّال فيضمن ما يسقط عن رأسه مثلا بعثرته و نحوها مما يستند به التلف إليه ، للأدلة التي سمعتها ، مضافا إلى الصحيح[2] عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل حمل متاعاً على رأسه فأصاب إنساناً فمات أو انكسر منه شيء قال : هو ضامن » بناء على عود الضمير المجرور إلى المتاع ، وكون الحامل أجيراً مثلا ، المعتضد بخبر زيد ابن علي[3] عن آبائه عليهم السلام « أنه أتي بحمّال كانت عليه قارورة عظيمة كان فيها دهن ، فكسرها فضمنها إيّاه ، وكان يقول كل عامل مشترك إذا أفسد فهو ضامن » الحديث ولغيره من النصوص .

وبما في جامع المقاصد من نسبته إلى النصّ والإجماع الذي لم نجد ما ينافيه ، إلا ما يحكى عن كشف اللثام من أنّ الموافق للأصول عدم ضمانه إلا مع التفريط ، أو كونه عارية مضمونة ، قيل : ونحوه عن المسالك ، وفيه أنّ عدم ضمان الأمين إلا بذلك فيما يتلف في يده ، لا بفعله ، أمّا هو مما كان نحو الصانع ، من الأجير ونحوه فعلى قاعدة الضمان بالإتلاف ، ومندرج في النصوص السابقة وغيرها .

---

(١) الوسائل الباب ــ ٢٩ ــ من ابواب أحكام الاجارة الحديث ــ ٦ .

(٢) و(٣) الوسائل الباب ــ ٣٠ ــ من ابواب أحكام الاجارة الحديث ــ ١١ـ١٣ .

ولوقال المالك للخياط مثلاً : ان كان يكفيني قميصاً فاقطعه فقطعه ، فلم يكف ضمن ، ولوقال هل يكفي قميصاً ؟ فقال : نعم ، فقال : اقطعه فلم يكفه لم يضمن ، كما في القواعد وغيرها لعدم الإذن في الاول بخلافه في الثاني ، وإن كان صدوره منه إعتماداً على قول الخياط ، لكنه من الدواعي .

وعن أبي ثور الضمان بذلك ، لقاعدة الغرور ، وفي جريانها هنا نظر واضح ، بل يتوقف في الضمان في الصورة الأولى التي يمكن القول فيها بأن مدار الإذن على الاجتهاد في ذلك ، والفرض أنه قد غلب على ظنه ذلك ، فهو في الحقيقة مأذون ، والأصل براءة الذمة ، فتأمل جيدا والله العالم .

ولو أتلف الصائغ الثوب بعد عمله تخير المالك في تضمينه إياه ، غير معمول ولا أجر عليه ، و في تضمينه إياه معمولا ويدفع اليه أجره معاملة للعمل معاملة المبيع قبل قبضه إذا أتلفه البايع ، فلا يتوجه دعوى الانفساخ قهراً وتضمينه الثوب غير معمول ، لأنه إنما يتم بالتلف بآفة سماوية ، لا في الاتلاف .

كل ذلك بناء على اعتبار تسلم العمل بتسلم العين في المعاوضة ، أما على القول بالاكتفاء بايجابه في عين المالك ، وإن لم يتسلمه المالك ، إتجه حينئذ ضمانه معمولاً في الفرض ، ضرورة كونه من صفات مال المالك ، كما أنه يتجه حينئذ المطالبة بالأجرة مع فرض التلف بآفة سماوية ، فتأمل .

ولو فرض نقصان قيمة الثوب عن الغزل كان له قيمة الثوب ، للإذن في النقص ، ولا أجرة للعمل ، لعدم تسليمه .

وما عساه يقال : من أنه مع فرض ثبوت الخيار له في ذلك الذي هو المراد في المسألة السابقة ، يمكن حينئذ دعوى أن له الفسخ لعدم حصول المعاوضة ، والمطالبة بقيمة الغزل التي ليس له غيرها مع فرض التلف بآفة سماوية ، يدفعه أنه حيث لا يكون لعمل الاجير أثر في زيادة القيمة ، والفرض أنه أتلفه قبل القبض ، فليس له المطالبة بالأجرة ، وليس للمالك مطالبة الأجير بشيء عنه و إن اورث نقصاً ، لأنه مأذونه ،

بخلاف ما لو كان له أثر في الزيادة ، فإن له المطالبة به منسوجاً مع دفع الأجرة ، وغير منسوج بدونها هذا .

و في قواعد الفاضل لو وجب ضمان المتاع المحمول تخير صاحبه بين تضمينه إيّاه بقيمته في الموضع الذي سلّمه ولا أجر له ،وتضمينه في الموضع الذي أفسده ،ويعطيه الأجر إلى ذلك المكان كذلك .

وفيه أن مقتضى القواعد استحقاق الأجير أجرته إلى ذلك الموضع و ضمانه القيمة حال التلف لا التخيير المزبور ، وليس هو كالمسألة السابقة الذي يكون العمل فيها في عين المالك ، الممكن دعوى اعتبار تسليمه بتسليمها ، إذ ليس العمل هنا إلا الحمل والنقل ، و أما وجوب تسليم العين فهو من حيث كونها أمانة في يده كما هو واضح بأدنى تأمل .

وكذا ما فيها أيضاً من أنه لو استأجره لحياكة عشر في عرض ذراع فنسجه زايداً في الطول ، فلا أجرة له على الزيادة للتبرع وله المسمّى ،لايخلو من نظر أيضاً ضرورة عدم اتيانه بالعمل المستأجر عليه ضرورة مخالفته في آخر الطاقة الأولى من الغزل ، لأنه كان عليه أن يعطفها عند بلوغ العشر حتى يعود إلى الموضع الذي بدء منه فهومخالف فيه وفيما بعده ، فلايستحق أجرا أصلا،وكذا إن زاد فيه وفي العرض، أو في العرض خاصّة ، و إن احتمل في القواعد هنا ذلك والمسمى أيضاً كما لو نقص فيهما قال : لكن هنا إن أوجبناه أسقط منه بنسبة الناقص ،وفيه ماعرفت وأن المتجه في الجميع عدم الأجر ، بل يضمن الأرش لو فرض نقص الغزل بذلك . والله العالم .

المسألة ﴿ السادسة : من استأجر أجيراً لينفذه في حوائجه ﴾ مثلا ﴿ كانت نفقته على المستأجر إلا أن يشترط على الأجير ﴾ كما في النهاية والقواعد والارشاد والروض على ما في بعضها ، بل في اللمعة أنه المشهور و إن كنا لم نتحققه لغير من عرفت ممن تقدمه بل لعلّ المتحقق خلافه،إذ العكس خيرة السرائر والتذكرة والمختلف والتحرير و الإيضاح و جامع المقاصد ، و المسالك ، و الروضة ، و مجمع البرهان و التنقيح

والكفاية على ما حكي عن بعضها ، بل في التذكرة عن ابن المنذر لا أعلم في ذلك خلافا ساكتا عليه .

بل لعل ذلك هو الأقوى في النظر ، ضرورة عدم اقتضاء عقد الاجارة من حيث هو كذلك إلا وجوب العوضين ، وعدم الدليل الشرعي الدال على وجوبه تقييداً .

والصحيح[1] المروي في الكافي والتهذيب عن سليمان بن سالم « سألت أبا الحسن عليه‌السلام عن رجل استأجر رجلا بنفقة و دراهم مسمّاة على أن يبعثه إلى أرض . فلما أن قدم أقبل رجل من اصحابه يدعوه إلى منزله الشهر والشهرين ، فيصيب عنده ما يغنيه عن نفقة المستأجر، فنظر الاجير إلى ماكان ينفق عليه في الشهر إذا هو لم يدعه ، فكافى به الذي يدعوه ، فمن مال من ، تلك المكافاة ؟ أمن مال الأجير ، أم من مال المستأجر ؟ قال : إن كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله ، وإلا فهو على الاجير ، وعن رجل استأجر رجلا بنفقة مسمّاة ولم يفسر شيئا على أن يبعثه إلى أرض أخرى فما كان من مؤنة الأجير من غسل الثياب والحمّام فعلى من ؟ قال : على المستأجر » مع جهل راويه فإنه على ما قيل لم يذكره علماء الرجال ، وعدم الجابر لما عرفت ، بل قد سمعت الاعراض عنه ممن ذكرنا ـ ظاهر صدرا وعجزا في ذكر النفقة في العقد ، وهو خارج عما نحن فيه .

و حينئذ يكون الوجه في السؤال الأول أن الأجير المشترط نفقته إذا اتفق بذلها من صديق ونحوه يبقى على استحقاقه لها مع فرض كون ذلك البقاء لمصلحة المستأجر حتى يكون مستحقا للنفقة ، و في الثاني أن النفقة المعتبرة أجرة من غير تعرض لتفصيلها يدخل فيها مثل غسل الثياب ودخول الحمام بخلاف الدواء ونحوه .

نعم هو ظاهر في جواز اشتراط النفقة من غير تعرض لمقدارها ، بل اتكالا على تقديرها الشرعي او العرفي ، بل ظاهر في جواز جعلها أجرة أو جزؤها ، وهو وإن كان منافيا لما ذكره بعضهم ممن لم يروجوبها إلا بالشرط من وجوب التعرض لتفصيلها

---

(١) الوسائل الباب ـ ١٠ ـ من ابواب احكام الاجارة الحديث ـ ١ .

تحرزاً من الجهالة المفسدة لعقد الاجارة ـ

إلا أنه يمكن القول به هنا للعموم، والخبر المزبور المعمول به في الجملة الظاهر في الاكتفاء بمثل ذلك في دفع مثل هذا الغرر في الاجارة و إن وقعت النفقة جزأ من الأجرة فضلا عن أن تكون شرطاً الذي قد صرّح في محكي التذكرة هنا بعدم ضرر جهالته، لأنه من التوابع حينئذ كاسّ الجدار، كما أنّ ظاهر الأصحاب المفروغية من جواز الاستيجار للإنفاذ في حوائجه على الاجمال اتكالا على المعتاد المقدور له و اللائق بحاله من ذلك.

و حينئذ مع التشاح يجب على المستأجر بذل أقلّ مطعوم مثله و ملبوسه من الجنس المعتاد على حسب ما هو محرر في تقدير النفقات الواجبة في الشرع و لو استغنى الاجير لمرض أو بطعام نفسه لم يسقط حقه الذي قد حصل في العقد جزأً أو شرطاً، ولو أحبّ الأجير أن يستفضل بعض طعامه جاز و إن كان مرضعة مالم يكن في ذلك نقص في منفعة المستأجر كما هو واضح.

المسألة ﴿السابعة: إذا آجر مملوكاً﴾ له ﴿صانعا مثلا ﴿فأفسد كان ذلك لازماً لمولاه في سعيه﴾ فإن قصّر ففي ذمّته، يتبع به بعد العتق ﴿و كذا لو آجر نفسه باذن مولاه﴾ للصحيح [1] عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل استأجر مملوكا فيستهلك مالا كثيراً؟ فقال: ليس على مولاه شيء، و ليس لهم أن يبيعوه، و لكنّه يستسعى و إن عجز فليس على مولاه شيء، و لا على العبد شيء» المحمول عليه الحسن [2] «عن أبي عبدالله عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل كان له غلام استأجر منه صانع أو غيره، قال: إن كان ضيّع شيئاً أو أبق منه فمواليه ضامنون».

و حينئذ فما في النهاية ومحكي الكافي ـ من اطلاق كون الضمان على المولى و محكي السرائر من اطلاق عدم ضمانه و تبعه في جامع المقاصد. نعم قال: «إن كانت جنايته على نفس أو طرف كما لو كان طبيبا تعلق برقبة العبد و للمولى فداؤه

---

(١) و (٢) الوسائل الباب ـ ١١ ـ من ابواب أحكام الاجارة الحديث ـ ٢ ـ ٣

بأقل الامرين من القيمة أو الأرش» لكن هذا لا يتقيد بإذن المولى -

و ما في المسالك من التعلق بالكسب إن كان في العمل الذي يعمل فيه من غير تفريط ، و إن كان بتفريط تعلق في ذمته يتبع به إذا أعتق ، لأن الإذن في العمل لا يقتضي الإذن في الإفساد - في غير محله ، وكالاجتهاد في مقابلة النّص الذى مع فرض الاعراض عنه يتجه ما سمعته من الحلي و جامع المقاصد ضرورة عدم اقتضاء الإذن من المولى في الاجارة الضمان في كسبه مع الافساد ولو بغير تفريط .

المسألة ﴿الثامنة : صاحب الحمام لايضمن إلا ما أودع﴾ و قبل الايداع ﴿و فرّط في حفظه أو تعدّى فيه﴾ بلاخلاف في شيء من ذلك و لا اشكال ، بعد حمل اطلاق عدم الضمان في محكي المقنعة على ذلك .

ففي المرسل [١] « عن اميرالمؤمنين عليه السلام أنه اتى بصاحب حمّام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمنه ، وقال إنّما هو أمين » .

و في خبر السكوني [٢] « عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن عليا عليه السلام كان يقول لا ضمان على صاحب الحمّام فيما ذهب من الثياب ، فانّه إنما أخذ الجعل على الحمّام ، و لم يأخذ على الثياب » و نحوه خبر اسحاق بن عمّار [٣] عنهم عليهم السلام أيضا بدون التعليل .

و في خبر ابى البختري [٤] «عن جعفر أيضا عن أبيه عليهما السلام أن عليا عليه السلام كان لايضمن صاحب الحمام ، و قال : إنما يأخذ أجرا على الدخول إلى الحمّام » و لكن قد يفهم من الاخير وخبرالسكوني الضمان باستيجاره للحفظ و إن لم يكن بتفريط، و هو مناف لقاعدة الامانة ، ضرورة عدم الزيادة على ذلك بالاستيجار .

و للصحيح [٥] « عن رجل استأجر أجيرا فاقعده على متاعه فسرق ، قال : هو

---

(١) (٢) (٣) (٤) الوسائل الباب - ٢٨ من أبواب احكام الاجارة الحديث -١-٣ و ذيله عن ابن مسكان - ٢

(٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من ابواب أحكام الاجارة الحديث - ٣

مؤتمن » . نعم قد يقال : لا أجر له لعدم حصول العمل المستأجر عليه . و الله العالم .

المسألة ﴿التاسعة : إذا اسقط الأجرة بعد تحققها في الذمة﴾ و إن لم يستحق تسلمها ﴿صح﴾ بلا خلاف ولا إشكال بعد معلومية مشروعية الابراء بلفظه أو مادل عليه من الاسقاط ﴿و﴾ نحوه نعم ﴿لو اسقط المنفعة﴾ في العين ﴿المعينة لم تسقط﴾ بلا خلاف أيضاً ولا اشكال ﴿لأن الابراء لايتناول إلا ما هو في الذمم﴾ من أجرة أو عمل فيها او منفعة كلية ، و شبه ذلك مما هي محلّه ، كما هو واضح والله العالم .

المسألة ﴿ العاشرة إذا آجر عبده ثم اعتقه ﴾ صح العتق قولا واحدا لعموم أدلته و﴿لم تبطل الاجارة﴾ أيضا كذلك للعموم أيضا ، و إن حكي عن ايضاح النافع أنه قال : وربّما قيل : ببطلانها فيضمنها السيد للمستأجر ، إلا أن الظاهر كونه لبعض الشافعية لا لأحد من اصحابنا الذين اطبقوا على عدم بطلانها بالبيع إلا أن يكون قد باعه على المستأجر، فإن بعضهم استشكل فيه أو خالف ﴿و ﴾ حينئذ ﴿ تستوفي المنفعة التي تناولها العقد ﴾ من العبد الذي يجب الوفاء بها إن كان مكلفا .

﴿و لا يرجع العبد﴾ على مولاه بأجرة مثل عمله و منفعته بعد العتق التي قد اعتق مسلوبا عنها ، وكانت ملكا لمولاه وقد ملكها غيره بالاجارة .

فما عن الشافعي ـ في القديم من رجوعه بذلك بل احتمله جماعة من اصحابنا بل عن الشيخ وابن ادريس حكايته قولا ، وظاهرهما انه لأصحابنا و إن كنا لم نتحققه ـ واضح الضعف .

و اضعف منه ما ذكر في توجيهه من أن إزالة الرق تقتضي ملك العبد للمنافع ، فاذا سبق نقل المولى لها فاتت عليه فيرجع ﴿ على المولى بأجرة مثل عمله بعد العتق﴾ بعوضها ، و هو أجرة المثل فكان كما لو اكرهه على عمل ، إذ هو كما ترى ، ضرورة أن المكره متعد ، و العبد لم يكن مالكا للمنافع التي قد استقر ملك المستأجر عليها ، و الرق إنما زال عنه مسلوب المنافع تلك المدة فلا رجوع له على أحد .

و أما نفقته مدة الاجارة فهي على المستأجر قطعا إن شرطت عليه ، و إلا مع فرض عجزه عنها لعدم مال ، فعلى المعتق عند الفاضل في القواعد ، لأنه كالباقي على ملكه ، حيث ملك بعض نفعه ، و ضعفه واضح ، ضرورة أن المقتضي لها الملك ، و قد زال ، أو في بيت المال كما عنه أيضاً في التذكرة ، و في الحواشي و جامع المقاصد و ايضاح النافع و المسالك فإن لم يكن وجب على الناس كفاية ، أو على العبد نفسه يكتسبها في غير مدة المستأجر ، و مع فرض التعذر يسعى كل يوم بقدر النفقة ، و يصرف باقي اليوم للمستأجر و يحتسب ما سعى به على المستأجر من مدته .

و فيه أن نفقته حينئذ على المستأجر الذي قد عرفت عدم وجوبها عليه ، ولو قيل باحتساب مقدار أجرة المثل أو قيمة ما اكتسبه في ذمة العبد للمستأجر لكان حسنا ، بل لابد من القول به مع فرض الانحصار في ذلك ، لعدم بيت المال ، ضرورة تقدم النفقة على كل واجب في الذمة ولو للغير والله العالم .

﴿و لو آجر الوصي﴾ مثلاً ﴿ صبياً مدة ﴾ مثلا ﴿ يعلم بلوغه ﴾ و رشده ﴿فيها﴾ لو كان رشيدا ﴿ بطلت في المتيقن ﴾ لعدم كونه وليا فيها فتصرفه حينئذ فضولي ان لم يعتبر في صحة المجيز في الحال و عليه يحمل البطلان في المتن ، و إلا كان العقد باطلا حقيقة ﴿ و صحت في ﴾ الزمان ﴿ المحتمل ﴾ بلا خلاف كما عن الخلاف بمعنى الحكم بصحته ظاهراً لتحقق الولاية المقتضية لصحة ذلك .

﴿ولو اتفق البلوغ فيه ، فهل للصبي الفسخ ، بعد بلوغه ﴾ بمعنى عدم اجازة العقد الفضولي المفروض صحته التي هي القابلية لترتب الأثر ﴿قيل : نعم﴾ واختاره في المبسوط و القواعد و الارشاد و التذكرة و السرائر و قواعد الشهيد و المختلف و جامع المقاصد والمسالك لعدم الولاية له في هذا الحال فيكون التصرف فيه فضولا.

﴿و﴾ لكن ﴿فيه﴾ عند المصنف ﴿تردد﴾ بل عن الخلاف الجزم بلزومها، لوقوع الاجارة من أهلها في محلها في وقت لم يعلم لها مناف ، فتستصحب ، وفيه ما عرفت من أنه بالنسبة إلى الحال المفروض ليس من أهلها ولا في محلها، والجهل لا مدخلية له في تغير حكم الموضوع واقعاً .

نعم لو فرض اجارة الولي المدة الزايدة على سن البلوغ في مصلحة الطفل قبل بلوغه كان المتجه لزومها وكذا الكلام في ماله و ليس مفروض المسألة هنا كذلك وإنما هو اجارتها في مصلحة له مستمرة باستمرار الزمان عليه ولا ريب في أن المتجه في هذا صحتها ولزومها إلى حال البلوغ والتوقف على الاجازة في غيره ضرورة عدم الولاية لاحد بعد البلوغ والرشد عليه ولو في مصالحه .

وبذلك ظهر لك الحال في موضوع المسألة فلا يشكل بان فرض موضوع الاجارة زايد على مدة البلوغ إن كان في مصلحة الصبى صحت ولزمت عليه والا لم تصح من مثل الوصي حتى فيما قبل البلوغ اذ قد عرفت الفرق بين المصلحة للصبى حال صباه وبينها مستمرة إلى ما بعد بلوغه فالاولى هي التي ينفذ معها التصرف ولو كان الاجارة فيما بعد البلوغ بسنين بخلاف الثانية فانها تلزم حال عدم البلوغ و يبقى الباقي على الاجارة ولايشكل صحتها حينئذ بالجهل بالمدة ضرورة الاكتفاء بالعلم في الجملة في دفع الغرر .

فما في الارشاد من الحكم بالبطلان بالبلوغ في الفرض محمول على ارادة الفضولي لا البطلان من رأس ، للجهالة ، وان احتمله بعضهم مؤيدا له بما في القواعد من الحكم ببطلان استيجار العبد مدة يعلم موته قبل انقضائها للجهالة ، إلا أنه كما ترى .

وعلى كل حال ففي المفروض لومات الولي أو انتقلت الولاية إلى غيره لم يبطل الاجارة الاولى الجامعة لشرائط الصحة و اللزوم التي هي أولى من الوكالة ولايشكل ذلك بأن مقتضاه عدم اجارة ناظر الوقف حينئذ ، فان التزامه غير معلوم البطلان .

نعم يتجه إنفساخها مع عدم الاجازة لومات للبطن الثاني التي لم تكن الاجارة الراجع إلى مصلحتهم ، وانما هو كمفروض المسألة أنه آجر الوقف على حسب المصلحة المستمرة الحاصلة لأهل البطن الأول ، والبطن الثاني الذي هو غير ولي عليهم في مصالحهم المقارنة لوجودهم الذي أمرها إليهم نحو ما قلناه فيما نحن فيه فتأمل فانه

دقيق نافع .

المسألة ﴿ الحادية عشرة : إذا تسلم أجيرا ﴾ بعقدصحيح ﴿ ليعمل له ﴾ عملا أو ﴿ صنعة فهلك ﴾ بعمله أو غير عمله ﴿ لم يضمنه صغيرا كان أو كبيراً حراً كان أو عبداً ﴾ مع فرض عدم التفريط منه وعدم التسبيب الذي يقوى على المباشرة بلااشكال ولا خلاف بل في المسالك هو موضع وفاق منا ومن العامّة ، وفي التنقيح اجماع المسلمين .

لكن عن المبسوط أنه حكى عن الشافعي في العبد قولين وعن الخلاف عن قوم الضمان في أصل المسألة والامر سهل بعد معلومية الحال ، وهو عدم الضمان من حيث كونه أجيراً ، للأصل بعدفرض أن اثبات يده بحق ، وهواستيفاء المنفعة التي ملكها بل لا فرق بين هلاكه في مدّة الاجارة وبعدها ، إذ لا يجب على المستأجر ردّ العين على مالكها على تقدير كونها مملوكة ، وإنما الواجب عليه التخلية بينه وبينها فإذا كان حرا أولى .

نعم لو حبسه مع الطلب بعد انقضاء المدّة صار بمنزلة المغصوب إذاكان مملوكا أما الحرّ فستعرف الحال في البالغ وغير البالغ والله العالم .

المسألة ﴿ الثانية عشرة : إذا دفع سلعة ﴾ مثلا ﴿ إلى غيره ، ليعمل ﴾ له ﴿ فيها عملا فان كان ممّن عادته أن يستأجر لذلك العمل كالغسّال والقصّار فله أجرة مثل عمله ﴾ لأصالة احترام عمل المسلم الذي لم يظهر من فاعله التبرع إذ هو كعين ماله فضلا عن أن يكون ظاهره الأجرة كما في الفرض بل الظاهر عدم اعتبار دفع السلعة في ذلك ، ومن هنا جعل العنوان في الارشاد الامر بالعمل الذي له أجرة في العادة بل الظاهر عدم اعتبار الأمر في ذلك أيضاً بل يكفي الاذن فيه ولو بالفعل نحو ما جلس بين يدي حلاق ليحلق رأسه أو دلاك كذلك كما نصّ عليه في جامع المقاصد .

بل يمكن دعوى عدم الكراهة في عدم تعيين مقدار الاجرة في مثل هذا باعتبار

معلومية أجرة مثله ، فلا يندرج حينئذ فيما دلّ على النهي عن ذلك مع احتماله .

ثم لا يخفى عليك أن ظاهر المصنف وغيره بل ومقتضى القواعد كون الثابت في الفرض أجرة المثل التي هي قيمة العمل في مقابلة العين لا ماضر به العامل لنفسه ، وان زاد عنها ولا ما قصده الدافع وإن قلّ عنها ضرورة كون المقام من الضمانات لا المعاملات ، والضمان للشيء إنما هو بقيمته ، أما المعاملة فلابدّ من الموافقة على المسمّى منهما كما هو واضح .

وعلى كل حال فلا اشكال ولا خلاف في الاجرة في أصل المسألة بل ﴿ وإن لم تكن له ﴾ أي العامل ﴿ عادة وكان العمل مما له اجرة ﴾ فيها ﴿ فله ﴾ أي العامل ﴿ المطالبة لأنه أبصر بنيته ﴾ التي هي إرادة الاجرة عوض عمله ، أو عدم قصد التبرع فان ذلك كاف في تحقق الأجرة للأصل المزبور ، وإن أراد الدافع التبرع ، ﴿ و ﴾ لعلّه المرادمما في المتن .

نعم ﴿ إن لم يكن مما له اجرة بالعادة ، لم يلتفت إلى مدّعيها ﴾ بل وإن نوى العامل الاجرة بذلك لم يكن له ، للاصل وعدم تقومه المانع من ضمانه ، بناء على أن ذلك هو المراد من قولهم لا اجرة له في العادة .

وحينئذ فلو كان متقوما عرفا لزمته الاجرة بمجرّد الأمر بفعله ، وإن جرت العادة بعدم أخذ الاجرة عليه كاستيداع المتاع الذي احتمل منه الاجارة ، إلا أنه استبعده في جامع المقاصد ، واستحسن ارادة الأعم من ذلك وهو مالا اجرة له في العادة سواء كان متقوماً بحيث يجوز مقابلته بالعوض أم لا ، وقال : « إن ظاهر العبارة لا يأبى العموم » .

قلت : قد عرفت أن ضمان الاجرة بالإذن إنما هو لأصالة احترام العمل ، وعدم اعتياد اخذ الاجرة عليه لاينافي احترامه في الواقع على وجه يجعله كالمقصود به التبرع .

ودعوى ـ أن عدم الاجرة له في العادة تقضي بقصد التبرع ـ يدفعها أن مفروض

البحث هنا بيان حكم الموضوع واقعاً لا حكم التداعي ظاهراً مع أنه يمكن دعوى كون القول قول العامل أيضاً لأنه أبصر بنيته ، وكون العادة كذلك لا يقتضي قصد التبرع ، كما أن عدم العادة للعامل في الصورة السابقة التي حكم فيها بالأجرة بلا خلاف في ذلك .

ومن هنا بان لك النظر فيما ذكره الشهيدان وغيرهما من الفرق بين ما في المتن ومحكي التذكرة والتحرير وبين ما في قواعد الفاضل حيث اكتفى في ثبوت الأجرة بكون العمل ذا أجرة في العادة ، كما لو دفع للحداد مثلا سكينا فقال : افتحها ، ولم يكن فتحها من العمل الذي يستأجر عليه عادة لكونه ميسوراً بخلاف ما في القواعد .

أما غير هذه الصورة فمقتضاهما نفيا واثباتا متحد اذ قد عرفت أن عدم الضمان فيما لا اجرة له في العادة ، لعدم اجرة المثل له فلا يتصور ثبوت عوض له في الذمة ، وإن صح مقابلته بالعوض بالتراضي وكون الحداد ناصبا نفسه لاخذ الاجرة لا يقتضي ثبوت أجرة مثل للعمل المدفوعة إليه ، وإن لم يكن له مثل في الخارج ، وكذا الخياط وغيرهما من الصناع فيكون المقصود للمصنف في ذكر الامرين بيان المفروغية من الصورة الأولى .

وأما الصورة الثانية فهي كذلك أيضاً إلا أن فيها احتمال العدم باعتبار عدم كون العامل ممن نصب نفسه لذلك ، حتى يكون قرينة على إرادتها بل لم يصرح أحد منها بها .

بل قد عرفت امكان فرضها بما إذا خليا في الواقع عن قصدهما ، والأصل البراءة ، إلا أنك قد عرفت ثبوتها لا لأنها من المعاطاة ، فان الشرايط فيها مفقودة ، بل من باب الضمان لاحترام عمل المسلم ومساواة منافعه مع الاستيفاء لأعيان ماله فيضمن حينئذ بذلك مع الإذن فضلا عن الأمر بأجرة المثل .

والأصل في ذلك أن الموجود في الخلاف والمبسوط الاقتصار على خصوص الصانع

على ما حكي قال في الاول : «إذا سلّم الثوب إلى غسّال ، وقال له : اغسله و لم يشترط الاجرة ولا عرض له بها ، فغسله لزمته الاجرة » و بمعناه قوله في المبسوط « إذا أمره بغسله كان عليه الأجرة » بل عن الخلاف زيادة أنه إن لم يأمره بغسله لم يكن له أجرة فاراد المصنف بيان عدم اعتبار اعتياد العامل في الأجرة ولا الأمر فصرّح بها في الصورتين .

و بالتأمل فيما ذكرنا بان لك التحقيق في جميع أطراف المسألة على وجه لا يخفى عليك ما في كلمات بعض الاصحاب بعد الإحاطة بذلك .

المسألة ﴿ الثالثة عشرة : كل ما يتوقف عليه توفية المنفعة ﴾ الواجبة على الأجير ﴿فعلى المؤجر كالخيوط في الخياطة و المداد في الكتابة ﴾ و الأقلام فيها و الكش في التلقيح والصبغ في الصباغة و إن لم يكن عادة تقضي بوجوبه على المستأجر ، لدليل المقدمة .

لكن في المسالك و الروضة و عن موضع من التذكرة أنه مع انتفاء العرف أو اضطرابه فعلى المستأجر ، لأن المقصود من الاجارة العمل ، أما الأعيان فلا تدخل في مفهوم الاجارة على وجه يجب أداؤها لأجلها إلا في شواذ تثبت على خلاف الأصل كالرضاع و الاستحمام .

و فيه ما عرفت من أن وجوبها ليس للمدخول في مفهوم الإجارة ، بل لمقدمة الواجب الذي الأصل فيه أن يكون مطلقا لا مشروطا ، خصوصاً مع ملاحظة (١) «أوفوا بالعقود» .

نعم في الحواشي و عن مجمع البرهان وجوب التعيين مع عدم العادة أو اختلافها ، و إلا بطلت الاجارة ، و فيه أنّها من التوابع ، و ليست من موردالإجارة الذي يعتبر فيه المعلومية .

فالتحقيق حينئذ ما ذكره المصنف من الاقوال الثلاثة في مفروض المسألة ، و

(١) سورة المائدة الاية ـ ١

أما ما وقع من الاختلاف في خصوص بعض الأشياء فانما هو في تنقيح أصل العادة فيها، و ليس هو من وظائف الفقيه.

﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿يدخل المفتاح﴾ للغلق المثبت التابع لإجارة الدار لا مثل القفل و مفتاحه ﴿في إجارة الدار لأن الانتفاع لا يتم الاّ بها﴾ و قد عرفت وجوب تسليمه على صاحب الدار فتجب مقدماته مضافاً إلى تبعيته للغلق التابع للباب التابعة للدار في الاجارة بل في محكي التذكرة و التحرير وجوب غيره على الموجر لو اتفق ضياعه من المستأجر لتوقف ايصال المنفعة عليه كما في العمارة، بل عن الأول وجامع المقاصد ثبوت الخيار مع عصيانه و امتناعه.

لكن في القواعد وجامع المقاصد وعن الارشاد و شروحه ليس له المطالبة ببدله مع ضياعه من المستأجر، و إن لم يكن ضامنا له، بل هو أمانة لعدم جبر الانسان على إصلاح ملكه و عمارته، و حينئذ فيصنعه المستأجر لحاجته إن شاء، كما أنه إن شاء الموجر من غير لزوم لأحدهما.

و فيه أن ذلك ليس لوجوب اصلاح الملك، بل لوجوب تسليم المنفعة إلى مستحقها، و لذلك وجب عليه تسليم الدار فارغة الظاهر، و كذا البالوعة و الحش و مستنقع الحمام، بل للمستأجر الخيار إذا كانت مملوءة و لم يبادر على وجه لم يفت نفع معتدّ به على المستأجر، بل ربما قيل بثبوته بمجرد الإمتلاء.

نعم يمنع وجوب ذلك بعد تسليم المفتاح إليه، ومنه يعلم حينئذ قوة ما في جامع المقاصد من عدم وجوب التفريغ عليه في أثناء الإجارة للحش و البالوعة و مستنقع الحمام، و إن احتمله في القواعد، بل عن التحرير أنه قرّبه، و قال ليس كلّ ما يتوقف عليه الانتفاع بعد تسليم العين و تمكين المستأجر منها التمكين التام يجب على الموجر، فإنّ رفع يد الغاصب كذلك، مع أنه لا يجب، و الأصل البراءة مع تسليم العين فارغة.

و إن كان قد يناقش بالفرق في موانع الانتفاع بين قصور العين في نفسها لاتفاق خراب و نحوه، و بين الامر الاجنبى المانع للمستأجر وإن بقيت هي على قابليتها

ضرورة وجوب توفية المنفعة الراجعة للعين نفسها في تمام المدة .

و على كل حال فلا يجب على المستأجر إصلاح ما فسد من العين باستيفاء المنفعة الذي هو حقّه و حينئذ فليس عليه التنقية للحش و البالوعة مثلا عند انتهاء المدّة ، و ان حكي عن ظاهرالمبسوط ذلك .

نعم قد يقال : بوجوب التنقية من الكناسة كما في القواعد بل فيها أن رماد الأتون كالكناسة مع أنه استشكل فيه في محكي التحرير قال : « لو خرجت المدّة و في الدار زبل أو قمامة وجب على المستأجر تفريغه على إشكال » و في جامع‌المقاصد للنظر فيه مجال ، و لعلّه لأنه من ضرورات انتفاعه بها ، فكانت كالخلا و البالوعة ، بل ينبغي الجزم بعدم وجوب كناسة ما يكون من الدار نفسها أو ما تأتي به‌الرياح.

و أما كنس الثلج عن السطح فالظاهر أنه من وظيفة المالك كالعمارة ، بل لا يبعد ذلك في ثلج العرصة إذا كثف و منع من الانتفاع لما عرفت. نعم لا بأس به مع عدم كثافته المانعة من الانتفاع إذ هو حينئذ كالكناسة في أثناء الإجارة المعلوم‌عدم وجوبها على الموجرو الله العالم .

﴿الفصل الرابع : في التنازع : و فيه مسائل﴾

﴿الاولي : إذا تنازعا في أصل الاجارة فالقول قول﴾ منكرها الموافق للأصل سواء كان ﴿المالك﴾ أوغيره ﴿مع يمينه﴾ بلاخلاف ولا إشكال ، ثم إن كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع رجع كل مال إلى صاحبه وإن كان بعده أو بعد استيفاء الجميع الذي يزعم مدّعي الاجارة أنه مورد العقد ، فلا يخلو إمّا أن يكون المدعي المالك أو المتصرف . فإن كان المالك وحلف المنكر انتفت و وجب اجرة المثل ، فان كانت أزيد من المسمّى بزعم المالك لم يكن له المطالبة إن كان دفعه لاعترافه باستحقاق المالك ، بل يجب عليه إيصاله إليه إن لم يكن دفعه .

و إن كان ليس للمالك قبضه بعد اعترافه بعدم استحقاقه إلا أن يكذب نفسه في دعواه الأولى على قول ، منشؤه انحصار الحق فيهما ، و إن زاد المسمّى على أجرة المثل كان للمنكر المطالبة بالزايد إن كان دفعه و يسقط عنه إن لم يكن ، و العين ليست مضمونة عليه في هذه الصورة لاعتراف المالك بكونها أمانة بالاجارة .

و إن كان المدعي المتصرف فحلف المالك استحق أجرة المثل ، فله المطالبة إن لم يكن قبض قدرها وإن زادت عن المسمّى بزعم المتصرف ، وإن كان المسمّى أكثر فليس له المطالبة في الزايد إلا أن يكذّب نفسه بالقول السابق ، و إن وجب على المتصرف إيصاله إليه بطريق من الطرق الشرعية ، و لو كان المتصرف قد أقبض المسمى و كان أزيد من أجرة المثل فليس له المطالبة بالزايد المعترف بعدم استحقاقه إلا أن يكذّب نفسه كما عرفت و إن وجب على المالك ايصاله اليه كذلك ، و لكن العين هنا مضمونة إذا كان المالك منكراً لأصل الإذن وإلافلاضمان .

﴿ وكذا لو اختلفا في قدر المستأجر ﴾ بفتح الجيم ، فإن القول قول المالك الذي هو المنكر غالبا في مثل ذلك لأصالة عدم وقوعها على أزيد مما اعترف به ، و احتمال التحالف ـ أو القول به لأنّ كلاّ منهما مدّع و منكر ـ ضعيف مع فرض

كون الدعوى فى أصل وقوع الإجارة كما أوضحناه في نظائر المسألة ، و قلنا ان ضابط التحالف عدم اتفاقهما على شيء من مورد العقد ، بل أحدهما يقول آجرتك البيت، و الآخر يقول الدّابة مثلا نحو ما سمعته في البيع الذي لا فرق عند التأمل بينهما بالنسبة إلى ذلك .

﴿و كذا لو اختلفا في ردّ العين المستأجرة﴾ فإن القول قول المالك للأصل، و حرمة القياس على الوديعة عندنا .

﴿أما لو اختلفا في قدر الأجرة، فالقول قول المستأجر ﴾ الموافق لأصل عدم الزيادة على ما اتفقا عليه من قدرها و موردها و مدّتها ، و منه يعلم ضعف التحالف هنا كما عرفته هناك .

المسألة ﴿ الثانية : إذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكاري هلاك المتاع ﴾ من غير تعدّ ولا تفريط ﴿ و أنكر المالك ، كلّفوا البيّنة ﴾ على ذلك ﴿ و مع فقدها يلزمهم الضمان ﴾ على المشهور كما في المسالك بل عن المرتضى دعوى أنه إجماعنا و من متفرداتنا ، الا أن معقده الصناع كالقصّار و الخيّاط وما أشبههما إلا أنا لم نجده إلا ليونس بن عبدالرحمان على ما حكي عنه و المفيد و الشيخ في موضعين من النهاية ، مع أنا لم نتحققه للأول منهم ، بل لعلّ ظاهر المحكي عنه يقتضي ضمانهم ما جنته أيديهم ، فليس حينئذ إلا المفيد والمرتضى .

﴿و قيل : القول قولهم مع اليمين ، لأنهم أمناء و هو أشهر الروايتين﴾ عملا إن لم يكن رواية أيضاً إذ هو خيرة النهاية في أول كلامه ، و الخلاف ، والمبسوط، و المراسم ، و الكافي ، و المهذب ، و الوسيلة ، و السرائر ، و جامع الشرايع ، و التذكرة ، و التحرير ، و القواعد ، و الإرشاد ، و المختلف ، و التنقيح ، و إيضاح النافع ، و جامع المقاصد ، و الرياض ، و المسالك على ما حكي عن بعضها ، بل عن السرائر نسبتها إلى الاكثرين المحصلين ، و أنه الأظهر في المذهب و عليه العمل ، بل عن ظاهر الغنية أو صريحها الاجماع عليه بل عن الخلاف عليه إجماع الفرقة و أخبارهم .

و يدل عليه مضافا إلى ذلك و إلى قاعدة الأمانة صحيح معاوية بن عمّار (١) « عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الصباغ و القصار فقال : ليس يضمنان » .

و خبر بكر بن حبيب (٢) « قلت لابيعبدالله عليه السلام : أعطيت جبّة إلى القصّار فذهبت بزعمه ، قال : إن اتهمته فاستحلفه ، وإن لم تتهمه فليس عليه شيء » .

و خبره الآخر (٣) عنه أيضا « لا يضمن القصّار إلا ما جنت يداه و إن اتهمته احلفته » .

و خبر أبي بصير المرادى (٤) عنه أيضا « لا يضمن الصائغ و لا القصّار و لا الحائك إلا أن يكونوا متهمين ، فيخوّف بالبيّنة و يستحلف لعلّه يستخرج منه شيئاً » .

و هي و إن كان في مقابلها أخبار اُخر كحسن الحلبي (٥) عنه عليه السلام أيضا « في الغسال و الصباغ ما سرق منهما من شيء فلم يخرج منه على أمر بين أنه قد سرق ، و كلّ قليل له أو كثير فهو ضامن، فإن فعل فليس عليه شيء ، و إن لم يقم البينة و زعم أنه قد ذهب الذي ادعي عليه فقد ضمنه إن لم يكن له بينة على قوله » .

و خبر أبي بصير (٦) عنه عليه السلام أيضاً قال : سألته عن قصّار دفعت إليه ثوبا فزعم أنه سرق من بين متاعه ؟ قال : فعليه أن يقيم البيّنة أنه سرق من بين متاعه و ليس عليه شيء فإن سرق متاعه كلّه فليس عليه شيء » .

و حسن الحلبي (٧) عنه عليه السلام أيضاً « أنه سئل عن رجل جمال استكرى منه إبلاً و بعث معه بزيت إلى أرض فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق مافيه ؟

---

(١) (٢) (٣) (٤) الوسائل الباب ـ ٢٩ ـ من ابواب احكام الاجارة ـ الحديث ـ ١٤ ـ ١٦ ـ ١٧ ـ ١١

(٥) (٦) الوسائل الباب ـ ٢٩ ـ من ابواب احكام الاجاره الحديث ـ ٢ ـ ٣ ـ ٥

(٧) الوسائل الباب ـ ٣٠ ـ من ابواب أحكام الاجارة الحديث ـ ١

فقال : إن شاء أخذ الزيت و قال : انه انخرق ، و لكن لا يصدّق الابينة عادلة » و نحوه خبر زيد[1] الشحام .

و في جملة من النصوص [2] اطلاق ضمان القصّار و الصّائغ معللا في بعضها بالاحتياط في أموال الناس ، و في أخرى تقييد ذلك بما إذا لم يكونا مأمونين .

و في الأخرى [3] أن علي بن الحسين والباقر عليهما السلام كانا يتفضلان عليهم إذا كانوا مأمونين بعدم التغريم ، و يمكن حملها أجمع على ما اذا أفسدوا بأيديهم ، بل في بعضها إيماء إلى ذلك ، و قد عرفت أن الضمان متجه لعموم من أتلف و نحوه إلا أن يحبّ التفضل عليهم إذا كانوا مأمونين بعدم التغريم .

و حينئذ تكون خارجة عمّا نحن فيه كخروج نصوص الأجير المشترط عليه الضمان عن ذلك و النصوص المقتضية للضمان و إن أقاموا البينة ، بل لم أجد عاملا بها من أصحابنا ، إلا أن النظر في مجموع هذه النصوص وما فيها من لفظ الأجير المشترك و نحوه و شدة اختلافها ، و ما حكي عن العامة مثل ابن ابي ليلا و الثوري و ابي يوسف و الشيباني و ابن حي و الشعبي والليث والأوزاعي و مالك و الشافعي في أحد قوليه و أحمد في إحدى الروايتين على اختلاف أقوالهم يقتضي خروجها مخرج التقية بل ربما يحصل الجزم بذلك خصوصا مع ملاحظة اختلافها و اختلافهم و اتحاد بعض ألفاظها و ألفاظهم ، ومن هنا أعرض الأصحاب عنها إلا من عرفت ، و عملوا بالنصوص الموافقة لقاعدة الأمانة و أصل البراءة و غيرها و هو الأقوى .

﴿ و كذا لو ادعى المالك عليهم التفريط ﴾ بعد التصديق في أصل التلف ﴿ فأنكروا ﴾ لم يكن عليهم إلا اليمين مع التهمة خلافا لمن عرفت ممن حكم بضمانهم إلا أن يقيموا البينة على التلف بلا تعد ولا تفريط وقد عرفت الحال فيه .

المسألة ﴿ الثالثة : لو قطع الخياط ثوبا قباء ﴾ مثلا مدعيا الاذن من المالك

---

(١) الوسائل الباب ــ ٣٠ من ابواب أحكام الاجارة الحديث ــ ١

(٢) (٣) الوسائل الباب ــ ٢٩ ــ من ابواب أحكام الاجارة الحديث ــ ٣ ــ ٦ ــ ١٢ ــ ٢٠ ــ ٢٣ .

بذلك ﴿ و قال المالك ﴾ لم آمرك بذلك و إنما ﴿أمرتك بقطعه قميصاً فالقول قول المالك ﴾ في عدم الإذن ﴿ مع يمينه﴾ لأنه المنكر باعتبار أصالة عدم الإذن على الوجه المزبور إذ انكار صفة الإذن كإنكار أصلها .

﴿ و قيل ﴾ كما عن وكالة المبسوط و الخلاف ﴿ القول قول الخياط ﴾ لأصالة براءة ذمته من الأرش ﴿و﴾ لاريب أن ﴿الأول أشبه﴾ بأصول المذهب و قواعده بل هو المشهور بل لم يعرف الخلاف إلا من الشيخ في الباب المزبور ، و إلا فالمحكي عنه هنا الموافقة ، و أصالة براءة الذمّة من الأرش بعد الاعتراف بحصول سببه منه الذي هو القطع ، إلّا أنه يدعى اسقاط ترتبه على ذلك بدعوى الإذن فيه ، و أنه مستحق للأجرة ـ لا وجه للتمسك بها ، بخلاف المالك الذي لم يحصل منه إلا إنكار ذلك .

و أمّا قوله إنّي أذنت في قطعه قميصاً فلا يقتضي إيجاب شيء على الخياط ، إذ لولم يحدث فيه حدثالم يكن عليه بسبب الإذن المزبور ضمان ، غاية ما في الباب أنه لا يستحق أجرة ، ومن هنابان أنه لاوجه للتحالف وإن حكي عن الشافعي وبعض أصحابنا لعدم تحقق دعويين في الفرض المزبور بل الدّعوى مختصة بالخياط كماهوواضح .

و من الغريب ما عن الأردبيلي من أنه بعد أن استظهر التحالف استظهر أنه لاعليه أجرة الخياط ، و أنه يلزمه أرش النقص ، ضرورة أن ذلك يترتب على مجرّد حلف المالك ، فلا فائدة في يمين الخياط حينئذ .

نعم لو كان نزاعهما في تعيين العمل المستأجر عليه قبل قطع الثوب إتجه التحالف و انفساخ الإجارة نحو ما سمعته في التنازع في تعيين المبيع ، و فرق واضح بين المقامين .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لو أراد الخياط فتقه لم يكن له ذلك إذا كانت الخيوط من الثوب أو من المالك﴾ بلاخلاف أجده بين من تعرّض له ، بل و لا إشكال ، لحرمة التصرف في مال الغير ، وليس له إلاّ العمل ، وهو ليس عيناً حقيقة يمكن انتزاعها من مال الغير ، فهو حينئذ كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى آخر

عدوانا ، فإنه ليس له ردّه ، إلا بمطالبة المالك إذ الفرض ثبوت انتفاء الاذن فيه بحلف المالك .

﴿و﴾ لذا كان ﴿ لا أجرة له ﴾ ، بل عليه الأرش و هو تفاوت ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً و غير مقطوع ، لاتفاوت مابين قيمته مقطوعاً قميصاً و قيمته مقطوعاً قباء ، لأن قطعه قباء عدوان ، ﴿لأنه عمل لم يأذن فيه المالك﴾ .

نعم لولم يتفاوت القميص والقباء في بعض القطع أمكن أن لايجب أرشه لكونه من جملة المأذون بل لايبعد إستحقاقه الأجرة على ذلك إن كانت ، وكذا الكلام فيما لوقال إقطعه قميص رجل ، وقطعه قميص امرأة .

ولو كانت الخيوط للخياط كان له أخذها لقاعدة «الناس مسلّطون على أموالهم» و عدوانيته بظاهر الشرع لاتسقط حرمة ماله ، واعترافه أنها ملك للمالك تبعاً للعمل الذي قد ادعى أنه قد استأجره عليه لاينافي استحقاق أخذها و لو على جهة المقاصة أو لانفساخ العقد بتعذر دفع الأجرة .

نعم لوحصل نقص في الثوب باستخراجها اتجه وجوب الأرش عليه بل الظاهر عدم جبره على القبول لو دفع المالك قيمة الخيوط و ان احتمل ، كما أنه لا يجبر المالك على القبول لو بذل الخيّاط قيمة الثوب ، ولو أراد المالك شدّ خيط في كلّ خيط حتى إذا سلّه عادخيط المالك في مكانه لم يجب الاجابة قطعا لاستلزامه التصرف في مال الغير المتوقف على طيب النفس والله العالم .

﴿كتاب الوكالة﴾

بفتح الواو و كسرها ﴿و هي﴾ التفويض ، و شرعاً الاستنابة المخصوصة ،و لا ريب في مشروعيتها بل لعلّه من ضرورة الدين ، فلا حاجة الى الاستدلال عليه بقوله تعالى [1] « فليأتكم برزق منه » [2] « و اذهبوا بقميصي هذا » كي يناقش بعدم كون الثاني من الوكالة ، بل والأول المحتمل أنهمن الإذن لامنها كما ستعرف تفصيل ذلك .

و على كل حال فتمام الكلام فيه ﴿يستدعي بيان فصول : الاول : في العقد و هو﴾ ما قصد فيه الدلالة على الـ ﴿استنابة في التصرف﴾ و لو بالقول كاجراء الصيغة و نحوها ، فلا يدخل فيه الوديعة و المضاربة و نحوهما مما لم يكن المقصود منه ذلك ، و أما الوصاية فهي إحداث ولاية لا استنابة ، كما أنه لا يشكل بخروج الوكالة في القول عنه .

على أنك قد عرفت غير مرّة أن المراد من أمثال هذه التعريفات الكشف في الجملة شبه التعريفات اللفظية فلاجهة للإطناب في ذلك طرداً و نقضاً كما أنهذكرنا غير مرّة أيضاً كون المراد في نحو المقام بيان كون الوكالة من قسم العقود بالمعنى الأعم الشامل للمعاطات بناء على مشروعيتها فيها ، بمعنى أنها ليست من الايقاع .

و أما عقدها بالمعنى الأخص فمعلومأنه المركب من القولين إيجابا و قبولا ، و أما المركب من القول في الايجاب و الفعل في القبول فربما ظهر من جماعة كونه

---

(١) سورة الكهف الاية ـ ١٩

(٢) سورة يوسف الاية ـ ٩٣

منه في العقود الجائزة لكن إن لم يكن اجماع فيه بحث .

نعم لا يعتبر فيه لفظ مخصوص ، بل قد عرفت سابقا قوة ذلك في العقد اللازم فضلاعن الجائزوحينئذ فماعدا ذلك من المعاطاة فيذلكالعقد التيلاريب فيمشروعيتها بالسيرة المستمرة عند القائل بها ، وإن كان التحقيق أنّها إذن لاوكالة ، و بذلكيظهر لك التشويش والاجمال في كلام جملة من الأصحاب حتى قول المصنف .

﴿ولا بدّ في تحققه من إيجاب دالّ على القصد كقوله : وكّلتك أواستنبتك أوماشا كل ذلك . ولوقال : وكّلتني﴾على الاستفهام التقريري أوالتحقيقي ﴿فقال: نعم﴾ وقال : قبلت بعد قوله نعم ﴿أو أشاربما يدلّ على الإجابة كفى في الايجاب .

وأمّا القبول : فيقع باللفظ كقوله : قبلت أو رضيت أوماشابهه ، وقديكون بالفعل ، كما إذا قال : وكّلتك في البيع فباع﴾ فإنه إنكان المراد منه بيان العقد بالمعنى الأخص أشكل الاكتفاء بالاشارة التي هي من الافعال خصوصاً بعد ظهور ماسبق منه في غير المقام من اعتباراللفظ في ايجاب العقد الجائز .

وفي الحواشيالمنسوبة للشهيد عنالتحريراعتبار النطقمع القدرة ، والاكتفاء بالاشارة مع العجز قال : وهو الأقوى ، بلقديشكل الاكتفاء فيه بما ذكره أيضاً من الجواب بنعم على الأول ولو مقصودا بها الانشاء ، فإن تحقق العقد بذاك محلّ منع ، بناء على اعتبار تأخر القبول فيه عن الايجاب ، إذ لم نعثر على مايدل على خصوصية لعقد الوكالة من بين العقود الجائزة ، ودعوىالاكتفاء بذلك في جميعهاالادليل عليها ، كما أنّه لاخصوصية لمفهوم العقد في العقد الجائز ، وإنما الفرق بينه وبين اللازم اعتبار اللفظ المخصوص فيه دونه ، مع انك قدعرفت البحث في اعتباره فيه .

وحينئذ فيتحد المراد به في الجميع ، كما أنه يتحد الحكم بالمعاطاة في غيره مع فرض اتحاد الانشاء والقصد ، وأنه لم يفقد إلاّ الصيغة وهذا كلّه واضح خصوصاً بعد الإحاطة بما سلف لنا في الكتب السابقة .

إنما الاشكال فيما عساه يظهر من التذكرة وبعض الشافعية من الاكتفاء في

قبول عقد الوكالة بالرضا النفساني والرغبة النفسانية من غير حاجة إلى دالّ عليه من لفظ ونحوه كما ترى .

وكأنّ الّذي دعاه إلى ذلك ما ظاهرهم الاتفاق عليه من تحقق الوكالة بما ذكره المصنف من القبول الفعلي الذي هو أثر من آثار الوكالة ، بل جوازه وصحته موقوف على تحققها ، فلا يصلح أن يكون قبولاً لها مصطلحا ، ضرورة اقتضائه عدم تحقق الوكالة قبل تمامه ، فيقع الفعل حينئذ قبل اتصافه بالوكالة .

ودعوى الاكتفاء بالمقارنة واضحة المنع ، ضرورة منافاتها لأصالة بقاء المال مثلا ، وليس هو كقبول المعاطاة مثلا في البيع بالفعل لعدم منافاته لتمامية البيع بتمامه وكذا الوديعة والعارية والمضاربة وغيرها بخلاف المقام الذي تتوقف صحة الفعل المفروض جعله قبولا على تحقق الوكالة المتوقفة عليه ، ومن هنا احتاج العلامة إلى دعوى الاكتفاء بالقبول المزبور .

ولكن فيه أولا : أنه مناف لما ظاهرهم الاجماع عليه من كون الوكالة من العقود التي لا يكفي في قبولها مثل هذا القبول الّذي هو كامتثال الأوامر وقضاء الحوائج وإجابة الالتماس ونحو ذلك مما هو معلوم أنه ليس قبول عقد .

وثانياً : أن المسلم من المتفق عليه وقوع قبولها عقدا أو معاطاة بالفعل ، ولا يستلزم ذلك كونه الفعل الذي هو أثر من آثار الوكالة ومتعلق من متعلقاتها ، بل يكون بفعل أجنبي من إشارة وفعل مقدمات الوكالة ، ونحو ذلك من الأفعال التي يقصد بها قبول الوكالة ودالة عليه .

وأمّا الأول فلا إجماع عليه ، وإنما المسلم منه الصحّة ، وهي لا تستلزم الوكالة لما هو معلوم من مشروعية الإذن وامتثال الأمر ، ويترتب عليه ما يترتب على الوكالة من صحّة البيع ونحوه ، وإن لم يكن وكيلا ، وقد صرّح في التذكرة بأن قول القائل بع كتابي هذا ونحوه لا يكاد يسمى إيجاب وكالة ، بل هو أمر وإذن وإعلام ، بل قال فيها : إنّ قوله أذنت لك في كذا ليس صريحا في ايجاب الوكالة وهو كذلك ، ولو

سلّم فقد يحمل على من وكّل على أفعال متعددة ، ففعل الأول منها بالإذن فيه قاصداً به انشاء قبول الوكالة فيكون صحته مستندة إلى الإذن لا الوكالة ، وما بعده من الأفعال إلى الوكالة .

ومن الغريب ما في المسالك من تأييد قوله بحكم الأصحاب بانعزال الوكيل بعزله نفسه الّذي لا اشكال في ابتنائه على العقدية ، وإلا فالإذن المجرّدة عنه لا ينعزل المأذون بها بعزله نفسه ، بل لو أراد العود إلى فعله جاز له الفعل نحو إباحة الطعام مع جهل الإذن ، بل ومع علمه الذي لا ينافي بقاؤها في ثانى حال المأذون .

إذ هو كما ترى ، ضرورة أن الأصحاب لم يذكروا إلاّ انعزال الوكيل بعزله نفسه ، والوكالة غير منحصرة في هذا الفرد الذي اكتفى العلامة في القبول ، لما عرفت وتأييده حينئذ بتصريح المصنف وغيره من الأصحاب بكونه وكالة أولى من تأييده بالحكم المزبور الذي له مورد غير هذا على وجه لا ينافي الوكالة فيه ، واجراء حكم الاذن عليه كما هو واضح بأدنى تأمل .

وقد تلخص بما ذكرناه في المقام وفي الوديعة و العارية أن الوكالة من العقود بالمعنى الأعم الشامل للمعاطات التى يقصد فيها ما يقصد بالعقد ولم تفقد سوى صيغته بناء على شرعيتها فيها وكالة ، فإن السيرة فيها أقوى من السيرة فيها في البيع ونحوه من العقود اللازمة وحينئذ فما كان منها على كيفية غيرها من العقود من ألفاظ ايجاب وألفاظ قبول كانت وكالة عقدية ، وإلا كانت وكالة معاطاتية .

نعم فيما كان ايجاب لفظي وقبول فعلي منها البحث السابق في أنه من العقد أو المعاطاة ، وقد ذكرنا سابقا أنه إن قام إجماع على أنه من العقد و إلا فهو معاطاة الاذن ضرورة معلومية كون العقد اسما للالفاظ من غير فرق بين الجائز واللازم .

نعم ربما فرقوا بينهما باعتبار الصيغ المخصوصة في الأول دون الثاني ، وقد تقدم لنا المناقشة في ذلك غير مرّة إن لم يكن اجماعاً ، وقلنا يكفي فيهما كلّ عبارة صالحة لإنشاء الدلالة على ذلك ، إذا كانت جارية مجرى الخطاب الصحيح .

وحينئذ يكون العقد الجائز واللازم بالنسبة إلى ذلك على حد سواء كما أن الوكالة حينئذ إما عقد أومعاطاة عقدإن قلنا بشرعيتها فيها وكالة ، وما وقع من بعض متأخري المتأخرين ـ ممن لايبالي بما هو كالضروري عند الأصحاب من انكار كون الوكالة من سنخ العقود أصلا ـ لاينبغي الاصغاء اليه ، بل تسويد الورق في رده من السرف والتبذير .

نعم لا إشكال بل ولا خلاف في مشروعية الاذن والأمر اللذين يترتب عليهما صحة الافعال الواقعة عنهما وليسا من الوكالة في شيء لعدم العقد لفظاً فيهما وعدم قصد معناه الذي هو الربط بين الايجابية والقبولية ، بل هما مجرد رخصة وأمر وإذن وإعلام في الفعل ويترتب عليه صحة الفعل المأمور به نحو الفعل الموكل فيه ، وبذلك يظهر لك التشويش في جملة من كلمات الأصحاب الذين لم يحرروا ذلك بهذا التحرير .

﴿و﴾ لعل منه ماذكروه في باب الوكالة من أنه ﴿ لوتأخر القبول عن الايجاب﴾ فيها﴿ لم يقدح في الصحة﴾ ولو إلى سنة فصاعدا مستدلين عليه بمعلومية الصحة نصا وفتوى ﴿فـ﴾ـي ﴿ ان الغائب يوكل و﴾ لاريب في أن ﴿القبول يتأخر﴾ وبالنصوص المتضمنة للامر لاشخاص في بلاد نائية بانفاذ طلاق وتزويج وبيع وشراء ونحو ذلك .

ولكن فيه : إنا لم نجد في شيء منها مايقتضي كونه وكالة ، بل يمكن أن يكون جميعه من باب الأمر والاعلام والاذن ونحو ذلك ، فلا ينبغي أن يستفاد منه صحة تأخير القبول في الوكالة حتى في الحاضر الذي يقول لآخر وكلتك أو أنت وكيلي فيسكت ثم يقول بعد سنة مثلا قبلت مما هو غير جار مجرى الخطاب العربي فلا ينبغي التأمل في فساد الاستدلال المزبور .

نعم إن تم إجماعهم ولا أظنه بل ظني عدمه خصوصاً بعد عدم تحريرهم البحث كما ذكرناه ـ كان هو الحجة وإلا كان مقطوعاً بفساده ، ومايقع من الغائبين حينئذ بعضهم مع بعض كله من الاذن والأمر ، والله العالم بحقيقة الحال .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿من شرطها أن تقع منجزة ﴾ كغيرها من العقود بلا خلاف أجده فيه، بل الاجماع بقسميه عليه، لمنافاته مقارنة ترتب السبب على المسبب المستفاد مما دلّ على تسبيب العقود ﴿ فلو علّقت على شرط متوقع﴾ كمجيىء زيد ﴿أو وقت متجدد لم تصحّ﴾ بل قيل: إنه كذلك في التعليق على أمر محقق نحو إذا كانت الشمس طالعة فأنت وكيلي، لا لفوات المقارنة المزبورة، بل للشك في تناول الاطلاقات لمثل ذلك، فيبقى حينئذ أصل عدم ترتب الأثر بحاله.

﴿نعم لو نجّز الوكالة وشرط تأخير التصرف جاز﴾ بلا خلاف أيضاً فيه بل في التذكرة والمسالك الاجماع عليه مضافاً إلى اطلاق الكتاب و السنة، وعموم [1] «المؤمنون عند شروطهم» السائغة التي لم تخالف سنة ولا كتابا، ضرورة عدم كون الفرض من التعليق في شيء، فإن المراد به اشتراط تأخير وقوع الأثر لا استحقاق وقوعه الحاصل بعقد الوكالة، إلا أنه لما لم يظهر أثر ثبوت هذا الاستحقاق ذكر غير واحد أنه في معنى التعليق. لكن لادليل على البطلان به.

وفيه أن الاستنابة حصلت بتمام العقد وإن اشترط عليه عدم وقوع ماهو نائب فيه بعد شهر مثلا نحو الوكيل الثابتة وكالته الذي أمره الموكّل بعدم التصرف، فانه لاتنافي وكالته التي تظهر له ثمرتها بغير ذلك كدعوى التلف وغيرها وكان هذا هو السبب في فرق الأصحاب بينهما على وجه يقتضي أنه ليس من التعليق في شيء وهو كذلك.

وعلى كل حال ففي جواز التصرف في الوكالة المعلّقة عند حصول ما علّقت عليه وجهان: بل قولان: منشؤهما أعمية بطلان الوكالة من الإذن، فيصحّ التصرف بها وإن بطلت الوكالة للتعليق المنافي لها نحو ما قالوه في القراض الباطل الّذي حكموا فيه بأجرة المثل، ومن أن الإذن لم تحصل إلاّ في ضمن الوكالة المفروض بطلانها،

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من أبواب المهور الحديث ـ ٤ .

والجنس لا يبقى فصله ، والحكم بالقراض كذلك أيضاً إن لم يكن اجماعاً .

قلت : قد يقال : إنه يفهم من ذلك عرفا بقاء الإذن ، وإن بطلت الوكالة ، ولعلّه لخفاء الفرق بينهما بعد اشتراكهما في النيابة شرعاً عن المالك ، وإن فقدت الاذن المرادة بقصد الاستنابة التوكيلية ، بل لعله لا فرق بينهما في المعنى ، ولكن ان اديت بصورة العقدكانت وكالة واختصت بأحكام ، والاكانت اذنا لا وكالة فمع فرض بطلان ما اقتضى كونها وكالة بالتعليق ونحوه بقيت الإذن .

وحاصل ذلك يرجع إلى أن العقد بالمعنى الأخص أو الأعم هنامن مشخصات الفرد التي مع إنتفائها لا ترتفع الحقيقة ضرورة أن مشخصات زيد مثلا لو ارتفعت لم ترتفع الانسانية عنه .

وبذلك كلّه ظهر لك فساد بناء المسألة على مسألة بقاء الجنس وعدمه المفروغ منها عندهم ، كما أنه يظهر لك فساد المناقشة في دعوى بقاء الاذن مع بطلان الوكالة بأنه من المعلوم أن الفاسد هوالذي لا يترتب عليه أثر فلا يجامع صحة الآثاربطلان الوكالة ضرورة اختصاص البطلان حينئذ بالآثارالمترتبة علىالوكالة المفروض فسادها لا كل أثر ، وإن كان مشتركا بينها و بين الإذن كما هو واضح .

ودعوى الشك في ترتب الاحكام في مثل العقود الناقلة على مثل هذا الاذن ، خصوصاً مع المخالفة لقاعدة حرمة التصرف فيمال الغير ، وأصالة بقاء المال علىملك مالكه لا محصّل لها بعد فرض تحقق الإذن .

وكذا يظهر أيضاً ما في التذكرة من التشويش في المسألة فانه بعد أن ذكر بطلان الوكالة بالتعليق مدّعياً عليهالاجماع علىالظاهر ، قال ما حاصله إن البطلان به إنما يتحقق فيما لوكانت بجعل ، فيرجع إلىأجرة المثل كما في المضاربة ، بلربما ظهرمن بعض كلماته أنه كبطلان المهرفيالنكاح والجميع كماترى ، ونحوه في الرياض فلاحظ وتأمل .

ومن شرطها أيضاً عدم التوغل في الابهام على وجه يشك في مشروعية الوكالة

فيه نحو وكلتك من غير تعيين ، أو على أمر من الامور ، أوعلى شيء ما يتعلق بي ونحو ذلك ، ولعلّه المراد مما في الرياض لا تصح" على المبهم والمجهول بلا خلاف فيما أعلم إلى آخره ، بل عن المبسوط ﴿ و ﴾ بعض الشافعيه ﴿ لو وكله في شراء عبد إفتقر إلى وصفه ﴾ في الجملة ﴿ لينتفي ﴾ معظم ﴿ الغرر ﴾ وحينئذ لا يجب الاستقصاء في الوصف إجماعاً بقسميه ، بل ولا على نحو التسلم ﴿ و ﴾ شبهه مما اعتبر فيه العلم .

نعم ﴿ لو ﴾ أطلق أي ﴿ وكله مطلقاً ﴾ من دون أن يذكر وصفا ﴿ لم يصح ﴾ للغرر وإليه اشار المصنف بقوله : ﴿ على قول و ﴾ لكن ﴿ الوجه ﴾ عندنا ﴿ الجواز ﴾ كما هو صريح التذكرة والمختلف وغيرهما ، بل لا أجد فيه خلافا بيننا من غيره ، لا طلاق الأدلة وعمومها ، و خصوص أمر النبي ﷺ [1] عروة البارقي بشراء شاة ، بناء على أنه من التوكيل الّذي هو قسم من الإذن والأمر اللّذين لا خلاف ولا اشكال في جواز تعلّقهما بنحو ذلك ، على أنه ربّما يتعلّق غرض بمطلق العبد والشاة الموافقين لمصلحة الموكّل .

وبذلك ظهر لك بطلان ما أطنب فيه في المسالك ممّا هو ناش من عدم اصابة المراد في العبارة حيث جعل قوله « ولو اطلق » مسألة مستقلة ، لا أنها تمام الأولى ، وأن قوله « على قول » راجع إلى الجميع ، فأشكل عليه الحال ، وكأنّه تبع بذلك المحقق الثاني في عبارة القواعد ، لكن هي ليست مثل عبارة المتن .

قال : « الثالث أن يكون معلوماً نوعاً من العلم لينتفي أعظم الغرر ، فلو وكّله في شراء عبد افتقر إلى وصفه لينتفي الغرور ، ويكفي لو قال عبداً تركيا وإن لم يستقص في الوصف ، ولو أطلق فالأقرب الجواز » وإن أمكن أيضاً تنزيلها على ما ذكرنا ، ومرجعها حينئذ إلى عدم اقتضاء الشرط المزبور عدم جواز ذلك ، فإن كونه عبدا نوع من العلم ، نحو قول النبي ﷺ لعروة « اشترلنا شاة » ويكون ما ذكره أوّلا على طريق تقرير كلام القائل ، والأصل في هذا الشرط الشافعيّة ، وقد عرفت صحته

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٤٦٢ .

في الجملة ، ببعض الأمثلة التي ذكرناها ، وإنما الكلام معهم في بعض الأمثلة ، كالوكالة في شراء العبد ، وقد وافقهم عليه الشيخ في محكي المبسوط خاصة .

وربّما حكي عن الشهيد أيضاً موافقة بعضهم على التفصيل بين عبدالقنية ، وعبد التّجارة ، فيعتبر الوصف في الأول دون الثاني ، وعن بعض منهم : التفصيل بين ذكر الثمن وعدمه ، فيعتبر الوصف في الثاني دون الأول ، والجميع كما ترى مناف لاطلاق الادلة وعمومها ، وعدم الضابط لما ذكروه من الوصف .

نعم في القواعد موافقتهم على عدم صحة الوكالة لو قال : وكلتك على كل قليل و كثير ، لتطرّق الغرر و عدم الامن من الضرر ، قال : « ولو قال : بما إليّ من كل قليل و كثير ، فاشكال » وفرّق في التذكرة بين الاضافة إلى نفسه وعدمه ، فحكم بالبطلان في الثاني دون الاول .

قال : « و لو ذكر الاضافة إلى نفسه فقال : وكلتك في كل امر هو إليّ أو في كل أموري ، أو في كلّ ما يتعلق بي ، أو في جميع حقوقي أو في كل قليل و كثير من أموري ، أو فوّضت إليك جميع الأشياء التي تتعلق بي ، أو أنت وكيلي مطلقا فتصرّف في مالي كيف شئت ، أو فصّل الأمور المتعلّقة به التي تجرى فيها النيابة ، فقال : وكلتك على بيع أملاكي وتطليق زوجاتي و بيع عبيدي ، أولم يفصّل على ماتقدم . فالوجه عندي الصحة في الجميع » .

قلت : و هو كذلك للعموم الذي هو أحد الطرق في رفع الأبهام ، ضرورة قيامه مقام الاستقصاء في التفصيل الذي لا اشكال في الصحة معه ، فليس في شيء من المفروض غرر الوكالة حينئذ ، ولا يحتاج إلى رفعه بدعوى التقييد بالمصلحة التي هي في غاية الخفاء في الأمور المنتشرة ، فلا تصلح رافعة للغرر .

نعم يشكل عليه الفرق المزبور باتحاد المراد من العبارتين مع الاضافة إلى نفسه و عدمها ، و لو بقرينة التوكيل إذ لا يعقل توكيل شخص آخر فيما لا يملكه الموكل كما أنّه يشكل ما في القواعد أيضاً « من أن التوكيل بالابراء يستدعى علم الموكّل بالمبلغ المبرء عنه ، و لو قال : ابرءه من كل قليل و كثير جاز ، ولا يشترط

علم الوكيل و لا علم من عليه الحق » بأنّه لا دليل على اعتبار علم الموكّل في الوكالة على الابراء ، بل قد يظهر من المحكي عنه في التذكرة الاجماع على ذلك .

قال : «لو وكّله في أن يبرأه من الدين الذي عليه صحّ ، وإن لم يعلم الموكل قدره و لا الوكيل عندنا » و نزل كلامه في جامع المقاصد على إرادة التوكيل على قدر مخصوص من الدين، لا جميع ماله عليه ، فإنه يشترط حينئذ علم الموكل بقدر الذي يريد ابراءه منه ، و هو كما ترى و الأمر سهل بعد ما عرفت التحقيق في المسألة و الله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿هي عقد جائز من طرفيه﴾ بلا خلاف أجده ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافا إلى ما يستفاد من نصوص المقام ، خصوصا بالنسبة إلى الموكل، وحينئذ ﴿فللوكيل أن يعزل نفسه مع حضور الموكل ومع غيبته ﴾ فينعزل حينئذ وإن لم يعلم بذلك ، إذ احتمال توقف انعزاله على علم الموكل مناف لأصول المذهب و قواعده ، بعد اختصاص النصوص في صورة عزل الموكّل على وجه لا تقبل اندراج مثل هذه الصورة فيها ، كما تسمع بعضها بل لم أجد من احتمله ممن يعتدّ بقوله إلاّ ما عساه يظهر من المسالك ، ويتوهم منها فإنه لا يخلو من تشويش ، و ما في شرح الارشاد للتوني من الميل إلى ذلك .

نعم يحتمل بقاء جواز التصرف له على نحو ما سمعته في الوكالة المعلقة ، بل في المسالك «إن المقام لا يخلو من رجحان على ذلك ، من حيث أن الاذن هنا صحيحة جامعة للشرائط ، بخلاف السابق ، فإنه معلّق» و في صحته ما قد عرفت .

و من ثمّ جزم في القواعد ببقاء الصحة هنا ، و جعل الصحة هناك احتمالا ، و في التذكرة عكس ، واستقرب هناك بقاء الاذن الضمني ، و جعل بقاءه هنا احتمالا، و في التحرير و الارشاد أطلق القول بالبطلان فيهما كما هنا ، فقد صار للعلامة (ره) في المسئلتين ثلاثة أقوال ، و ان كان فيه إنّ التعليق إنّما هو في الوكالة لا الاذن التي لا يقدح فيها ، فهي مع فرض بقائها جامعة لشرائط الصّحة أيضا ، و قد تقدّم

الوجه في دعوى بقائها ، و أنه ليس مسئلة بقاء الجنس بعد ارتفاع الفصل المعلوم عدمها عندهم في غير الوكالة من العقود ، بل هو دعوى الفهم عرفا ، أو دعوى عدم الفرق بين الإذن و الوكالة إلاّ بالعقديّة ، أو ما في معناها ممّا هو من المشخّصات الخارجيّة .

فيكون الحاصل حينئذٍ أنّ الإذن إن أدّيت بصورة العقد أو معاطاته كانت وكالة ، و إلاّ فهي اذن ، فإذا اتفق عروض ما يفسد العقد من تعليق أو لحن أو عزل أو نحو ذلك تبقى ، لعدم كونه مشخّصا ذاتيا لها ، و إنما هو مقارن لها سميت بسببها وكالة ، و لحقها أحكام رتّبها الشارع عليها ، و بذلك ظهر لك الوجه في جميع ما وقع من العلامة و غيره من دعوى تحقق الفهم عرفا في بعض دون آخر .

نعم قد يشك في بقاء الإذن بعد علم الموكّل مالم تقم قرينة حالية أو مقالية ببقائها على جميع الأحوال ، و إلاّ انقطعت متى قارنها الردّ ، فلا يجوز التصرّف حينئذٍ بعده إلا باذن جديد ، و لعل ذلك مختلف باختلاف الاحوال ، و إن أبيت عن ذلك كلّه كان التحقيق بطلان عقد الوكالة بالتعليق ، و فسخ الوكيل بعد فرض عدم صدور غير ارادة عقد الوكالة من العاقد .

نعم لا بأس بذلك و نحوه في الإذن التي هي ليست من العقود التي تبطل بذلك، لكن لمالم ينقحوا الفرق بين الإذن وعقد الوكالة ظنّوا أن ذلك جائز في عقد الوكالة، ولا ريب في أنه اشتباه .

نعم لو أراد بما ذكره من العبارة المؤدّية للنيابة ذلك ، لم يكن إشكال في البقاء ، بل لو شك في كون المراد له الإذن أو الوكالة في المعلق مثلا ، حمل على الأوّل ، لأصل الصّحة ، بل لو زعم أنّ مثل ذلك وكالة لم يقدح في ترتب الحكم المزبور .

و لعلّ هذا هو السّر فيما وقع من بعض لعدم تنقيح الأمر بين الإذن والوكالة التي هي إسم للعقد المخصوص الذي لا اشكال في جريان أحكام العقود عليه ، ضرورة

عدم مخرج له عنها والله العالم .

هذا كلّه في العزل من طرف الوكيل ، و أمّا الآخر فلاخلاف أيضا ﴿ و ﴾ لا إشكال في أن ﴿ للموكل أن يعزله ﴾ لكن ﴿ بشرط أن يعلمه العزل و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لو لم يعلمه لم ينعزل بالعزل وقيل : ﴾ كما عن النهاية والقاضي والحلبي وابني حمزة وزهرة ﴿ إن تعذّر إعلامه فأشهد ﴾ عليه ﴿ إنعزل بالعزل والاشهاد ﴾ بل عن الأخير الاجماع عليه .

وقيل : كما في قواعد الفاضل أنه ينعزل بالعزل أيضاً وإن لم يعلمه على رأي ، وقد حكاه غير واحد عنه .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا ريب في أن ﴿ الأوّل أظهر ﴾ لا لما ذكر من بعض الاعتبارات الّتي هي غير تامّة بل للنصوص المعتبرة كصحيح إبني وهب ويزيد [(١)] عن الصادق عليه‌السلام « من وكّل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها ، كما أعلمه بالدخول فيها» .

وصحيح ابن سالم [(٢)] عنه عليه‌السلام أيضاً « في رجل وكّل آخر على وكالة في أمر من الأمور وأشهد له بذلك شاهدين ، فقام الوكيل فخرج لامضاء الأمر ، فقال : اشهدوا أنّي قد عزلت فلاناً عن الوكالة ، فقال : إن كان الوكيل أمضى الأمر الّذي وكّل فيه قبل العزل ، فان الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل ، كره الموكّل أم رضي ، قلت : فان الوكيل قد أمضى الأمر الّذي قد وكّل فيه قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنّه قد عزل عن الوكالة فالأمر على ما أمضاه ؟ قال : نعم قلت : فان بلغه العزل قبل أن يمضي الأمر ثمّ ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء ؟ قال : نعم إنّ الوكيل إذا وكّل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشافهه بالعزل عن الوكالة » .

---

(١) الوسائل الباب -١- من أبواب أحكام الوكالة الحديث - ١ .

(٢) الوسائل الباب -٢- من أبواب أحكام الوكالة الحديث - ١ .

وصحيح العلاء بن سيابة [1] عن الصادق عليه السلام المتضمن للانكار على من فرّق في هذا الحكم بين النكاح وغيره ، فينعزل في الأول بالاشهاد بخلاف الثاني ، فلاينعزل إلّا بالعلم ، والاستدلال عليهم بقضاء أميرالمؤمنين عليه السلام في الامرأة الّتي استعدته وقد وكّلت أخاها « فقال : يا أميرالمؤمنين إنها وكّلتني ولم تعلمني أنها عزلتني عن الوكالة حتى زوّجتها كما أمرتني .

فقال لها : ما تقولين ؟ قالت : قد أعلمته يا أميرالمؤمنين فقال : لها ألكِ بيّنة بذلك ؟ فقالت : هؤلاء شهودي يشهدون فقال لهم ما تقولون ؟ قالوا نشهد أنها قالت اشهدوا أني قدعزلت أخي فلانا عن الوكالة بتزويجي فلاناً ، وإنّي مالكة لأمري قبل أن يزوّجني ، فقال : أشهدتكم على ذلك بعلم منه ومحضره فقالوا : لافقال : تشهدون أنّها أعلمته العزل كما أعلمته الوكالة ، قالوا : لا قال : أرى الوكالة ثابتة ، والنكاح واقعاً . أين الزّوج فجاء فقال : خذ بيدها بارك الله لك فيها ، فقالت : يا أميرالمؤمنين إحلفه أنّي لم أعلمه العزل وأنه لم يعلم بعزلي إيّاه قبل النكاح ، قال : وتحلف ؟ قال نعم : يا أميرالمؤمنين فحلف وأثبت وكالته وأجاز النكاح » .

وترك الاستفصال فيه مع إطلاق غيره حجة على المفصّل ، كما أن الجميع حجّة أيضاً على الفاضل الّذي لم أعرف موافقا له على ذلك قبله ، ولا دليلا معارضاً للنصوص المزبورة سوى الأصل المقطوع بها وسوى دعوى وجود رواية بذلك لم نتحققها .

فمن الغريب إعراضه عن هذه النصوص الّتي عمل بها في الجملة من لم يعمل بأخبار الآحاد ، وما هو إلاّ لكونها متواترة عنده أو قطعية ، ومن هنا يمكن تنزيل كلام الفاضل على إرادة بطلان الوكالة بالعزل الّذي يتبعه بطلان الجعل فيها لو كان ، وإن نفذ تصرفه قبل العلم بهذه النصوص ، إذ لا منافاة بين بطلانها بالعزل المزبور الذي هو مقتضى الضوابط وبين نفوذ التصرف فيما بينه وبين العلم بذلك ، للنصوص ، لكن

(١) الوسائل الباب ـ٢ـ من أبواب أحكام الوكالة الحديث ـ ٢ .

يدفعه ظهور النصوص المزبورة في بقاء نفس الوكالة .

أللهم إلاّ أن يحمل على إرادة هذا المعنى ، وهو مع منافاته لظاهر الفتوى لا مقتضي له ، ومجرد احتماله لا ينافي العمل بالظاهر .

﴿ و ﴾ حينئذ فـ﴿لو تصرف الوكيل قبل الإعلام ، مضى تصرفه على الموكل فلو وكله على استيفاء القصاص ثمّ عزله ، فاقتص قبل العلم بالعزل وقع القصاص موقعه﴾ فضلا عن غيره مما هو أسهل منه ، والمراد بالعلم في المتن وغيره ما يشمل شهادة الشاهدين ، بل وخبر العدل كما سمعته في صحيح هشام ، لكن ستعرف الكلام فيه في الفصل الخامس عند البحث عن ثبوت الوكالة .

وهل المأذون بلا عقد وكالته كذلك بالنسبة إلى الحكم المزبور ؟ وجهان : من كون الحكم مخالفاً للقاعدة ، فيقتصر على ما تضمنته النصوص من الوكيل ، فيبقى غيره على مقتضاها ، ومن كونه وكيلا في المعنى واحتمال إرادة التفويض من الوكالة في النصوص السابقة ، ولعله لا يخلو من قوّة والله العالم .

﴿ وتبطل الوكالة بـ ﴾ عروض ﴿ الموت ﴾ للوكيل قطعاً ، ضرورة اقتضائها نيابة لا تنتقل إلى الوارث ، كما أنها تبطل بموت الموكّل أيضاً ، لما قيل : من أنه بموته ينتقل جميع ماله لوارثه ، فينتفي موضوعها ، وفيه : أنه يمكن بقاء مال من تركته على حكم ملكه ، كثلثه ، وإنّما العمدة الاجماع . ولعلّه لاعتبار استدامة الإذن في صحة الوكالة ، وبالموت يخرج عن الأهليّة لذلك .

وعلى كل حال فلا خلاف فيما أجده في بطلان تصرّف الوكيل حينئذ بعد الموت وإن لم يعلم موته ، كما في غيره من الفواسخ ، ولا يقاس شيء منها على مسألة العزل ، لحرمة القياس عندنا .

على أنه في المرسل[1] عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل أرسل يخطب له امرأة وهو

(١) الوسائل الباب -٢٨- من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث -٢ .

غايب ، فأنكحوا الغائب وفرضوا الصداق ثم جاء خبره أنه توفّي بعد ماسيق الصداق فقال : إن كان املك بعد ما توفّي فليس لها صداق ولا ميراث ، وإن كان املك قبل أن يتوفّى فلها نصف الصّداق ، وهي وارثة وعليها العدّة » .

نعم في المسالك وغيرها لا تبطل الأمانة لبطلان الوكالة هنا ، فلو تلف العين الموكّل فيها في يده بغير تفريط لم يضمن ، وكذا لو كان وكيلا في قبض حق فقبضه بعد موت الموكل قبل العلم به ، وتلف في يده بغير تفريط ، لكن يجب عليه المبادرة إلى إيصال العين إلى الوارث ، فإن أخّر ضمن كالوديعة .

قلت : وهو كذلك لصيرورة المال حينئذ في يده أمانة شرعية ، وحكمها كذلك إلاّ أنّه لا بدّ من التأمّل في قوله : « وكذا » ضرورة أنه مع فرض إرادته ما يشمل الدين ونحوه قد يشكل ، بأن المال المقبوض هو ملك الدافع ، لانكشاف عدم وكالة القابض .

وحينئذ عدم ضمانه لصاحبه ـ مع أنه قد دفع على وجه خاص وهو كونه وفاء ـ مشكل ، وإلاّ لاقتضى عدم ضمان المقبوض بعنوان الشراء مثلا للموكّل الّذي قد تبين موته قبل الشراء ، وغير ذلك من الأمثلة الّتي يصعب على الفقيه التزامها .

ولعلّه من هنا غيّر العبارة في الكفاية فقال : « وكذا لو وكله على قبض عين » إلى آخره فإنّ عدم الضمان ـ حينئذ مع فرض كونها للموكل ـ لكونها حينئذ من الأمانات الشرعية الّتي لم تقبض على جهة الضمان ، بخلاف المقبوض وفاء أوشراء أو نحوهما .

نعم قد يقال : إنّ مرجع ضمان الوكيل على الموكل ، وإن بان بطلان وكالته ولتحقيق ذلك محل آخر ، وإن كان الّذي يقوى الآن عدمه ، للأصل السالم عما يقتضي الضمان من التسبيب وغيره ، لكن قد يقال : إنّ القبض لا على جهة الضمان لا ينافي ثبوته عليه بعد حصول مسبّبه الّذي هو « على اليد » .

ودعوى ـ أنّه أمانة شرعية ـ على وجه لا يترتب عليه ضمان بعد أن كان القبض

باختياره ـ واضحة المنع ، وإن كان زعم أنه وكيل ، إذ ذلك لا ينافي الضمان الّذي هوحكم وضعي يترتب علىالمعذور ـ لجهل أو استصحاب أوغيرهما ، فلايبعد الضمان حينئذ أيضاً في العين المزبورة .

نعم لا يبعد عدم الضمان فيما كان في يده مماكان ابتداء قبضه بغير ضمان ، فان الاستدامة لا تندرج فيقوله عليه السلام « علىاليد » فيبقىأصل براءة الذمّة بحاله ، وكذا لو فسخ المودّع الوديعة مثلا ، مع عدم علم الودعيبذلك ، فانه لا ضمان عليه لوتلف بعد ذلك ، وإن انفسخ عقد الوديعة ، ضرورة أنّ ذلك ونحوه من الأمانة الشرعيّة ، مثل الثوب الّذي أطارته الريح حتى صار في يد الانسان قهراً ، وهذا القدر المسلّم من الأمانة الشرعية التي لا ضمان فيها ، باعتبارعدم حصول سبب فيها يقتضي الضمان على وجه يقطع أصل البراءة ولعلّ هذا هو التحقيق في المسألة ونظائرها كالمضاربة وغيرها ، وإن كان قد تقدّم لنا بعض الكلام في كتاب الاجارة .

وكيف كانفلم أعثر على من وافقه علىالعبارة المزبورة إلاّ الفاضل في الرّياض ويمكن أن يريد منهما معنى آخر . والله العالم .

﴿ و ﴾ كذا تبطل بـ ﴿الجنون ، والاغماء من كل واحد منهما﴾ بلاخلاف أجده فيه ، بل في المسالك هو موضع وفاق ، ولعله العمدة في ذلك ، وإلّا فدعوى كون ذلك من أحكام العقد الجائز ، يدفعها عدم القول به في مثل الهبة والرهن من طرف المرتهن ، بل لو لا الاجماع المزبور امكن دعوى قيام إذن الولي للموكل مقام إذنه في بقاء عقد الوكالة . وإنّ أقصى ما يقتضيه عروضهما للوكيل عدم تصرفه حالهما ، لا انفساخ عقد وكالتهما .

إلاّ أنّ ذلك بعد الاجماع المزبور لا فائدة فيه ، ولا فرق عندنا بين طول زمان الاغماء وقصره ، ولا بين إطباق الجنون وأدواره ولا بين علم الوكيل بعروض المبطل وعدمه .

نعم ربما احتمل بقاء جواز التّصرف للوكيل بعد زوال المانع بالاذن العام ، .

و إن بطلت وكالته ، بناء على مثل ذلك فيما تقدم من المسائل ، و قد يفرق بين المقام وبينها بأنّ المبطل هنا راجع إلى الإذن نفسها ، لا إلى خصوص عقد الوكالة ، وإنما حاصله خروج المأذون عن قابلية إذن النيابة فتأمل جيّدا . والله العالم .

﴿و﴾ كذا ﴿تبطل وكالة الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه﴾ لكون الوكيل فرع الموكل ، فمع فرض امتناع المباشرة له فلوكيله بطريق أولى ، إلاّ أنّ الإنصاف -إن لم يكن إجماع- عدم اقتضاء ذلك بطلان الوكالة ، بل أقصاه عدم نفوذ التصرف منه ، فلو فرض إتفاق زوال الحجر لم يحتج إلى إعادة الوكالة حينئذ ، فتأمّل جيدا .

و على كل حال ففي حكم الحجر طروّ الرقّ على الموكل ، بأن كان كافراً فاسترق ، ولو كان هو الوكيل صار بمنزلة توكيل عبد الغير ، وسيأتي الكلام فيه والله العالم .

﴿ولا تبطل الوكالة بالنوم وإن تطاول﴾ مالم يصل إلى حدّ الإغماء ، أو يخرج عن المتعارف ، و لو بأن لا يستيقظ إذا أوقظ لعارض من العوارض ، لأصالة الصحة ومعلومية عدم معاملة الشارع النوم معاملة الجنون ونحوه في المقام وغيره .

بل في التذكرة وغيرها عدم بطلانها بالسكر أيضا لذلك ، إلاّ إذا اقتضى فسقاً وكان الوكيل مما يعتبر فيه العدالة ابتداءً أو استدامة ، كوكيل ولي اليتيم ونحوه ، وبطلانها حينئذ من حيث الفسق ، لا لخصوصه .

لكن قد يمنع اعتبار العدالة في ذلك ونحوه مما ذكروه من الأمثلة ، مع فرض اقتضاء المصلحة وكالة الفاسق ، ولو سلّم فقد يمنع اعتبارها في صحة عقد الوكالة على وجه لم تعد بعودها ، بل لابدّ من استيناف وكالة جديدة ، إذ من المحتمل كون العدالة على نحو ما احتملوه في عدالة الوصي من عدم انفساخ الوصاية بفسقه ، ولكن يمنع من التصرّف فمتى عادت ثبتت وصايته ، والسبب في ذلك أنه لا دليل يعارض العمومات على وجه يكون شرطا في صحة عقد الوكالة ، وإن قلنا بعدم نفوذ تصرّفاته حال فسقه ،

فتأمّل جيّدا .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿ تبطل الوكالة ﴾ أيضا ﴿ بتلف ما تعلّقت الوكالة به كموت العبدالموكل في بيعه ، وموت المرأة الموكل بطلاقها﴾ وتلف الدينار الموكل بالشراء به ، بل في المسالك لافرق بين أن ينص على الشراء بعينه ، أو يطلق بأن يقول اشتر به ، لاقتضائه دفعه ثمنا ، فلا يتناول بدله لوكان تلفه موجبا لضمانه .

قلت : هو كذلك مع فرض ظهور اللفظ في الشراء بعينه ، فيكون الفرق بينه وبين الأول بالنص و الظهور ، لكن في التذكرة « ولو وكّله في الشراء مطلقا و نقد الدينار على الثمنية ، بطلت أيضا إذا تلف ذلك الدينار ،لأنه إنما وكّل في الشراء ، ومعناه أن ينقد ثمن ذلك المبيع قبل الشراء أو بعده ، وقد تعذر ذلك بتلفه » .

ويمكن حمل ما في المسالك على ذلك ، بدعوى اقتضاء إطلاق الشراء به الأعم من جعله ثمنا في العقد أو بعده ، فيكون الإطلاق حينئذ فيمقابل النص على الشراء بعينه ، بمعنى جعله نفسه ثمنا .

وعلى كل حال فقد صرّح من تعرّض لذلك ببطلان الوكالة بالتلف ، وإن كان موجبا للضمان ، فإنها لم تتناول الشراء ببدله ، حتى لوكان وكيلا على استيفائه ، لكن الانصاف تناول الوكالة في صورة الإطلاق للشراء بذلك ، و إن لم يكن وكيلا على الاستيفاء ، ولكن اشترى به ممن أتلفه مثلا ، و الأمر في ذلك سهل بعد كون المدار على المفهوم عرفا من عبارة الموكل ، ولو بقرينة الحال .

﴿وكذا ﴾ تبطل الوكالة ﴿ لو فعل الموكل ماتعلقت الوكالة به﴾ كما لو وكله في بيع عبد ثمّ باعه ، أو فعل ماينافيه ، كمالو وكّله على بيع عبد فأعتقه ، أوبالعكس وليس من ذلك وطي الزوجة التي قد وكّل على طلاقها ، فضلاً عن غيره من المقدمات التي لا تصحّ لغير الزوج ، ولا وطي السرية التي وكّل على بيعها ، ضرورة عدم منافاة شيء من ذلك ، لتعلق الوكالة ، إذ ليس ما ذكرناه مبطلا لها ، باعتبارظهوره فيالعزل ولذا لم تبطل الوكالة لو ظهر فساد البيع أو العتق ، بل لانتفاء متعلقها حينئذ .

اللّهم إلّا أن تقوم قرينة على إرادة انشاء العزل بذلك ، وهو خروج عما نحن فيه حينئذٍ ، كما هو واضح .

بقي شيء : وهو أنه قد يفهم من التعبير بالبطلان وذكر ذلك في سياق الجنون والموت والاغماء ونحوها أنّ تلف ما تعلّقت به الوكالة وفعل الموكل ما وكل فيه أو ما ينافيه كذلك أيضاً .

لكن قد يقال : إن الظاهر خلافه ، وإلاّ لاقتضى انفساخ العقد بتلف بعض ما وكل فيه مثلاً ، ضرورة عدم تبعض العقد ، وإنما المراد من البطلان انتفاء موضوع الوكالة ، لا انفساخ عقدها ، فلا ينافي حينئذٍ بقاؤها فيما بقي من موضوعها .

وفيه : أنه لا مانع من التزامه على معنى البطلان في بعض متعلقه ، لتلف بعض المبيع ، والمسلّم من عدم تبعّض العقد أنه لا يكون بعض العقد سبباً ، بعد أن كان مجموعه سببا ، لا في نحو المقام ، وقد تقدم سابقاً التحقيق في صحة تبعض الصفقة في ملكه وملك الغير ، بل وفي بيع الشاة والخنزير ، كما أنه تقدّم صحة الاقالة في بعض المبيع دون بعض .

نعم لا يجوز ذلك في الخيار لا للتبعض ، بل لعدم ظهور دليله في مشروعية ذلك ، بل لعل ظاهره العدم ، بخلاف نحو المقام الّذي يمكن القول بجواز فسخ الوكالة في بعض ما وكل فيه ، دون بعض ، والله العالم .

ثمّ إنه ينبغي أن يعلم أن اقتضاء هذا القسم انعزال الوكيل لا يتوقف على العلم به ، بل هو يؤثر أثره لإطلاق أدلته ، فينتفي موضوع الوكالة وإن لم يعلم الوكيل ، فلو تصرف ينكشف بطلان تصرفه ، وتسمع انشاء الله تعالى مزيد تحقيق لذلك .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ العبارة ﴾ حينئذٍ ﴿ عن العزل أن يقول : عزلتك أو أزلت نيابتك ، أو فسخت ، أو أبطلت ، أو نقضت ، أو ما جرى مجرى ذلك ﴾ من كل لفظ صالح لقصد إنشاء الدلالة على ذلك ، بل وكل فعل . نعم لا عبرة بالفسخ النفساني ، للأصل وغيره .

وكيف كان فلا ريب في وجوب إقتصار الوكيل على ما يستفاد من الموكل ، ولو بالقرائن الحالية والمقالية ، ﴿ و ﴾ من هنا ذكر غير واحد من الاصحاب بل لا أجد فيه خلافا أن ﴿ إطلاق الوكالة ﴾ في البيع أو الشراء مثلا ﴿ يقتضى ﴾ البيع و ﴿ الابتياع بثمن المثل ، بنقد البلد حالا ، وأن يبتاع الصحيح دون المعيب و ﴾ حينئذ ﴿لو خالف﴾ في شيء من ذلك ﴿لم يصح﴾ ولم يلزم ولكن صح ﴿ ووقف على إجازة المالك ﴾ .

نعم لا بأس بما يتسامح به من الزيادة والنقصان في مثل ذلك المبيع ، بل لعل ذلك أجمع من ثمن المثل ، لعدم انضباطه بالنسبة إلى ذلك ، كما أنه ينبغي تقييد ذلك أيضاً بما إذا لم يوجد الباذل للأزيد والأنقص ، وإلاوجب مراعاته ، للشك في الاذن له بغيره معه .

بل قد يحتمل وجوب ذلك عليه ، فيما لو اتفق الباذل بعد البيع أو الشراء في مدة الخيار ، فينفسخ مقدمة لذلك ، للزوم مراعاة المصلحة للمالك ، بل قد يقال : ذلك فيما لو عين له البيع بمقدار ، والشراء كذلك ، فاتفق حصول الباذل للأزيد والأنقص ، حملا للتعيين على ما هو المتعارف من عدم وجود الباذل اللهم إلا أن يحتمل الغرض له به ، ولعله على ذلك ينزل خبر عروة البارقي [(١)] لا على الفضولية .

وعلى كل حال فكل تصرف من الوكيل يقع على خلاف مصلحة الموكل كالبيع بدون ثمن المثل أو به مع وجود الباذل أو شراء المعيب يكون فضولياً حينئذ .

ودعوى الفرق ـ بين المعيب والبيع بدون ثمن المثل مثلا ، فيحكم بالأول للمالك ، وبالثاني بالفضولية ، لأن العيب قد يخفى بخلاف البيع بدون ثمن المثل ـ واضحة المنع ، ضرورة إمكان الخفاء في كل منهما ، في كثير من أفرادهما ، كما أنه لا خفاء في بعض أفرادهما على أحد .

---

(١) المستدرك ج ٢ ص

فالمتجه جعل المدار في ذلك على كون العيب والغبن في خصوص ذلك المبيع مما يخفى على أهل النظر بعد البحث والنظر ـ وعدمه ، فإن كان ، وقع للمالك ويثبت الخيار ، وإلّا كان فضوليا ، فما في قواعد الفاضل ـ من الفرق بين المعيب والغبن فحكم بالفضولية في الثاني مع العلم والجهل ، بخلاف الأول ـ في غير محلّه ، خصوصا بعد تصريحهم على ما قيل في مسألة تلقي الركبان التي أخبارها هي الأصل في خيار الغبن بعدم الفرق بين الوكيل والاصيل .

وفي دعائم (1) الاسلام عن أبي جعفر محمد بن علي عليهما السلام « أنه قال : من وكل وكيلا على بيع فباعه له بوكس من الثمن جاز البيع عليه ، إلا أن يثبت أنه تعمّد الخيانة ، أوحابى المشترى بوكس ـ .

وكذلك إن وكله على الشراء فتغالى فيه إن لم يعلم أنه تعمّد الزيادة أو خان أو حابى فشراؤه جائز عليه ، وإن علم أنه تعمّد شيئاً من الضرر ردّ بيعه وشراؤه ، ولو وكله على بيع شيء فباع بعضه وكان ذلك على وجه النظر فالبيع جائز » .

بل هو في محكي التذكرة في كتاب المضاربة قد صرّح بأنه لا يمكن معرفة قيم المتقومات في الواقع ، ومن المعلوم وقوع الغبن من العاملين فيها ، ولم يقل أحد بفساد البيع ، وعدم تناول وكالة المضاربة لذلك ، كما هو واضح .

إنما الكلام في مخالفة المصلحة منه في مثل الخيار ونحوه ، فترك الفسخ مثلاً فيما كان مصلحة المالك به ، أو اختاره في صورة العكس ، ولعلّ حكم الثاني عدم مضيه على المالك ، لعدم ثبوت الإذن له فيه ، أمّا الأول فلا ريب في تحقق الإثم عليه لكن ليس عليه إلاّ ذلك ، فتكون المصلحة التي يجب على الوكيل مراعاتها على قسمين :

أحدهما : ما يرجع إلى تقييد الإذن في الوكالة على وجه يكون خلافها غير الموكل فيه ، كالبيع بثمن المثل مع وجود الباذل .

وثانيهما : تكليف شرعي لا مدخلية له في إذن الوكالة ، وحينئذ فلو ترك الفسخ

(1) المستدرك ج ٢ ص ٥١٠ الدعائم ج ٢ ص ٥٧ الطبعة الثانية بمصر .

في مدته مع وجود الباذل ، بناءً على وجوبه عليه لم يترتب عليه إلاّ الإثم ، واحتمال وجوب جبر كل ضرر يترتب على الموكل بذلك ، كاحتمال كون المبيع حينئذٍ فضوليا ، باعتبار عدم الإذن في بيع يكون له فيه خيار ، ويوجد باذل في أثنائه فلم يفسخ ـ لم أجدهما لأحد بل لم يحضرني تنقيح لهما على وجه يكون موافقا للقواعد الشرعيّة .

هذا كلّه بالنسبة إلى ثمن المثل ، وأمّا النقد والحلول فلا أجد خلافا في اقتضاء الاطلاق إيّاهما ، بل الظاهر عدم الإذن له في خلافهما ، حتى مع المصلحة كالبيع بدون ثمن المثل ، فإنه لا يفهم من الاطلاق إلاّ إرادتهما ، لا جميع ما تقتضيه المصلحة ولو في غيرهما .

نعم هي معتبرة في الأفراد المأذون فيها ، كاختيار الانفع من أفراد النقد حيث لا يكون هناك غلبة في بعضها على وجه ينصرف الإطلاق إليها ، فإن انتفيا معا تخيّر بين أفراد النقد ، ولعلّ منه بيع بعض المبيع للمصلحة كما سمعته في ذيل خبر الدعائم فتأمّل جيداً . والله العالم .

﴿ ولو باع الوكيل بثمن فأنكر المالك الإذن في ذلك القدر كان القول قوله مع يمينه ﴾ سواء كان بقدر ثمن المثل أو أزيد أو أنقص ، وسواء كان مستند دعواه الإذن بالخصوص أو الإطلاق المنصرف إلى ثمن المثل فما فوق ، لأنه اختلاف في صفة الوكالة الّتي يقبل قوله في أصلها فكذا صفتها لأنها فعله ، وهو أعرف به ، ولأن الأصل عدم صدور التوكيل على الوجه الذي يدّعيه الوكيل .

والقول بأنّ مرجع دعوى الموكل الى خيانة الوكيل الذي هو أمينه ، والأصل عدم خيانته ، إنما يتم فيما لو كان تصرّفه في الوكالة وادّعى عليه الخيانة في بعض متعلقاتها ، كما لو ادّعى الموكل عليه ـ بعد تلف الثمن الذي باع به بمقتضى الوكالة ـ تأخر قبضه عن تقبيض المبيع ، أو التعدي فيه بوجه ، لا في نحو المقام الذي قد عرفت أن مرجع الاختلاف فيه إلى الاختلاف في أصلها الذي من المعلوم تقديم قول المالك

فيه ، كما أنه ليس من مسألة التداعي في شيء ، وان كان جواب الموكل بل وكّلتك بكذا ، ضرورة عدم كون ذلك دعوى منه عليه ، لعدم استحقاقه عليه بذلك شيئاً ،و إنّما المعتبر منه ماتضمّن إنكار دعوى الوكيل .

ومن هنا كان الحكم كذلك في صورة اختلافهما في عين الموكّل فيه،كالعبد والفرس ، وفي جنس الثمن الموكل على البيع به ، أو زمانه أو مكانه ، فان القول في الجميع قول الموكّل ، لأنّه منكر ، وليس من التداعي في شيء ، و إن حكي عن بعض الناس توهّمه .

﴿ثم﴾ بعد حلف المالك ﴿ تستعاد العين ﴾ من المشترى بعد فرض اعترافه بالوكالة أو حلف المالك له اليمين المردودة منه إذا ادعى عليه العلم ﴿ إن كانت باقية ومثلها أو قيمتها إن كانت تالفة ، وقيل :﴾ والقائل الشيخ في محكي من نهايته ﴿ يلزم الدلال ﴾ أي الوكيل ﴿ إتمام ما حلف عليه المالك و هو بعيد ﴾ مخالف لأصول المذهب و قواعده ، و من هنا حمل على تعذر استعادة العين ومساواة القيمة لما ادّعاه المالك .

﴿وا﴾ ذا كا ﴿ن﴾ قد ﴿ تصادق الوكيل و المشترى على الثمن ﴾ الّذي قد ادّعى الوكيل الاذن فيه ، ﴿و﴾ كان قد ﴿ دفع الوكيل إلى المشتري السّلعة فتلفت في يده كان للموكّل الرجوع على أيّهما شاء بقيمته ﴾ يوم التلف إن كانت قيميّة لثبوت عدوانهما معا بظاهر الشرع ﴿ لكن إن رجع على المشترى لايرجع المشتري على الوكيل ﴾ إذا لم يكن قد دفع إليه الثمن ﴿ لتصديقه له في الاذن ﴾ وفي أنّ الموكل ظالم له برجوعه عليه .

نعم إن كان قد دفع الثمن إليه توجّه رجوعه عليه كما في المسالك ، لمعلومية عدم استحقاقه له ، والفرض أنّ الموكل لايدّعيه ، لعدم تعيّنه ثمنا له ، وقد أغرم المشتري عوض المال ، فيرجع على الوكيل بما دفع إليه ، لكن إن كان بقدر القيمة أو أقلّ فالرجوع به ظاهر ، وإلا رجع بقدر ما غرم ، ويبقى الباقي في يد الوكيل

مجهول المالك .

قلت : هو للموكل في الواقع بزعم الوكيل ، فيجب عليه أن يتوصل إلى إيصاله إليه ، بل قد يناقش في استحقاق رجوعه على الوكيل بعد فرض اعترافه بأنّه للموكل في الواقع ، و استحقاقه المقاصّة في ماله ، لايوجب استحقاقا له على من في يده مال من ظلمه .

اللّهمّ ألا ان يدّعى في المقام ان ما أخذه المالك منه صار عوضاً عنه ولوشرعاً أو يقال : بوجوب التمكين منه على الوكيل ،لعدم الضرر عليه من المالك الظالم بعد اعترافه بأنّه ليس له .

ومن هنا كان الظاهر اختصاص الحكم بالثمن المزبور المفروض كونه عوضا للسلعة في الواقع ، ولو لم يكن المشترى مصدّقا للوكيل في دعوى الوكالة ، ففي المسالك أيضا « رجع على الوكيل بما غرمه اجمع ، لغروره ، ولو كان الثمن أزيد وقد دفعه إلى الوكيل رجع به لفساد البيع ظاهراً » .

قلت : قد وقع له نحو هذه العبارة بل أصرح منها في كتاب البيع ، ولا ريب في فساد ظاهرها ، كما تقدّم في محلّه ، وأنّ المتجه له الرجوع بجميع ما غرمه عوض المنافع ، ونحوها مما هوليس من قيمة العين ، ولم يحصل له نفع في مقابلها بل و إن حصل ، وأمّا هي ففي رجوعه بما زاد منها على الثمن و عدمه قولان : بخلاف ما قابل الثمن منها ، فانّه لا يرجع به قطعا ، لعدم الغرور به ، و أما مادفعه من الثمن فلا ريب في رجوعه به على الوكيل ، سواء كان مساوياً لما غرمه أو أزيد أو أنقص ، لظهور فساد البيع كما هو واضح . و محرّر في محلّه ، و يمكن حمل عبارته على ذلك .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ إن رجع ﴾ المالك ﴿ على الوكيل ﴾ بقيمة ماله ﴿رجع الوكيل على المشتري بأقل الأمرين من ثمنه وما اغترمه﴾ لأنّ الثمن إن كان أقلّ فهو بزعم أن الموكل لايستحق سواه ، وأنه ظالم بأخذ الزايد من القيمة ،

فلايرجع به على المشترى ، وإن كانت القيمة أقل لم يغرم سواها ، لكن يبقى الزايد مجهول المالك ظاهراً، لأن الموكل لايستحقه بزعمه، وموافقة الظاهر له ، والوكيل قدخرج عن الوكالة بإنكار الموكل ، فليس له قبضه فينزعه الحاكم ، ويتوصل إلى تحصيل مالكه ، كذا في المسالك .

ولايخفى عليك مافيه بعد الإحاطة بما ذكرنا بل الظاهر عدم تسلط الحاكم على انتزاعه منه ، بعد علم مالكه بزعمه ، فيجب عليه التوصل إلى ايصاله إليه هذا ، ثم قال فيها : « واعلم أن مقتضى السياق كون الوكيل لم يقبض الثمن بعد ، وحينئذ فيتجه ماذكره المصنف من رجوع الوكيل على المشتري دون العكس بأقل الأمرين مع تصادقهما ، ويبقى الزايد على ماذكرناه .

كما أنك عرفت الحال أيضاً لوفرض كون الوكيل قابضاً للثمن ولو لم يصدقه المشتري، بأن قال : لا أعلم وقدرجع المالك على الوكيل بقيمة العين لم يكن للوكيل مطالبة المشتري بها مع فرض زيادتها على الثمن ، لاعترافه بأنه وكيل ، وأن المالك ظالم بأخذ الزايد ، فليس له حينئذ إلا أقل الأمرين ، كما في صورة التصديق.

لكن لاريب في اشتغال ذمة المشتري في الظاهر بقيمة العين ، وإن لم يكن للوكيل المطالبة بها ، بل ليس له قبضها في الظاهر ، لعدم كونها للمالك الذي غرمه بزعمه ، فقد يقال : إنها من مجهول المالك ، ولكن فيه أنها محكوم بها للموكل في الظاهر ، وإن كان لايجوز دفعها بعد أن غرم الوكيل ، إذ لايجمع له قيمتان لماله .

ومن هنا قد يقال : إنها تدس في مال الوكيل عوض ماغرمه جبر الظلام لكن لم أجد تحريرا لذلك في كلمات الأصحاب والله العالم .

﴿و﴾ على كل حال فقد ذكر غير واحد من الأصحاب بل لا أجد خلافا فيه بين من تعرض له ، ان ﴿ اطلاق الوكالة في البيع يقتضى ﴾ الاذن في ﴿تسليم المبيع، لأنه من واجباته ﴾ باعتبار اقتضائه ازالة ملك البايع عن المبيع . وإدخاله في ملك

المشتري ويجب على مدخل الملك التسليم ، لأنه من حقوقه ، ولكن لايسلّمه حتى يقبض الثمن من له قبضه من المالك أومأذونه ، رعاية لمصلحة المالك ، فلوسلّم المبيع حينئذٍ قبله فتعذر أخذه من المشتري ضمن لتضييعه إيّاه بالتسليم .

كذا في المسالك بل وجامع المقاصد وفيه أنّ المتجه تعليل ذلك بدعوى الفهم عرفامن الاطلاق ، وإلاّ فلاريب في عدم دخول التسليم في مفهوم البيع المفروض إذنه فيه ، ولذا صرح في التذكرة بصحة تصريح المالك بالنهي عن التسليم مع الاذن في البيع.

قال : وكون التسليم مستحقا للمشتري لايقتضي كون المستحق هو تسليم الوكيل على البيع، فالممنوع منه غير المستحق، وإن ناقشه في جامع المقاصد بأنه إذا سلّم المشتري الثمن إلى الموكل إنقطعت سلطنة الموكل عن المبيع ، و وجب على من كان بيده تسليمه إلى مالكه ،.وكذا القول في الثمن في جانب الشراء فليتأمل ذلك .

لكن فيه إنّ ذلك خروج عن محلّ البحث الذي هو تسليم الوكيل من حيث الوكالة التي يكون فيها الوكيل قائما مقام الموكل ، ومن حيث التقابض الذى اقتضاه العقد ، وإلا فهوقد صرّح في التذكرة بعد ذلك بلافصل بماذكره .

قال : « إذا دفع المشتري الثمن إلى الموكل أوالى الوكيل المأذون له ، أو إلى المطلق اذا جوّزنا له قبض الثمن ، فالوكيل يسلم المبيع ، سواء أذن له الموكل أولاّ أومنعه ، لأن المشتري إذا دفع الثمن صار قبض المبيع مستحقا ، وللمشتري الانفراد بأخذه ، فإن أخذه المشتري فذلك ، وإن سلّمه المشترى فالأمر محمول على أخذ المشتري ، ولاحكم للتسليم .

و هو صريح فيما قلناه من أنّه لا مدخليّة لذلك فيما نحن فيه من اقتضاء الاطلاق الاذن ، لا مثل هذا التسليم الذى هو واجب على كلّ من كان بيده المال ، من غير فرق بينه و بين غيره .

و حينئذ فمحلّ البحث في التسليم الذي هو مقتضى التقابض في العقد ، و هذا لاريب في صحة نهي وكيل البيع عنه ، و دعوى وجوبه على مدخل الملك من حيث

كونه مدخلا ، و إن كان نائبا عن الغير فيه - واضحة المنع ، فليس حينئذ إلا دعوى الفهم عرفا و قد يمنع ذلك خصوصا فيما إذا كان المبيع الذي وكل عليه في يد الموكل .

ثم إن المراد من الضمان - لوسلّم الوكيل المبيع قبل قبض الثمن فتلف ، على الموكل - ضمان قيمة العين إن كانت هي و الثمن متساويين ، و لو كان الثمن أكثر ففي التذكرة «لم يكن عليه الا القيمة ، لأنه لم يقبض الثمن فلا يكون مضمونا عليه، و انما يضمن ما فرّط فيه ، و هو العين حيث سلّمها قبل الايفاء .

و لو كانت القيمة اكثر ، فإن باعه بعين يحتمل تغابن الناس بمثله فالأقوى أنه يغرم جميع القيمة حيث فرّط فيها كما لو لم يبع بل أتلفها ، و هو أصح وجهي الشافعية ، و الثاني أنه يغرم القيمة ويحط عنه قدر الغبن لصحّة البيع بذلك الثمن، و لو باع بغبن فاحش باذن الموكل احتمل الوجهان : أمّا الاول فظاهر ، و أمّا الثاني : فقياسه أن لايغرم إلا قدر الثمن لصحة البيع به بالاذن ، فإن قبض الوكيل الثمن بعد ماغرم دفعه للموكل واسترد ماغرمه» .

قلت : قد يناقش في أصل الضمان أولا و إنما هو مجرد إثم ، و لو سلّم بدعوى استفادته من قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» و من فحوى ماورد من ضمان الدين لتمكين الهرب للمديون من يد الديان ، ومن تعلق حق الرهانة بقيمة الرهن لو أتلفه متلف ، و صدق الخيانة و التفريط فيما هو أمين فيه من المعاوضة على الوجه المزبور ، و غير ذلك .

فالمتّجه ضمان القيمة وإن كانت أكثر من الثمن إذا كان فيها احتمال رجوع للمالك بفسخ و نحوه ، و إلا فله مقدار ما قابل ثمنه إذا كانت اكثر ، و أما ضمان نفس الثمن فيدفعه أنه ليس وكيلا عليه حتى يكون مفرطاً فيه ، و إنما ضيع على المالك حق حبس العين الذي يمكن استيفاؤه منه بوضع قيمة العين قائمة مقامها ملاحظاً جبر ضرر المالك بالطريق الذي ذكرناه ، و به يفرق بين ما نحن فيه و بين

ما يأتي من ضمان الثمن في الوكيل على التقابض باعتبار صدق التفريط عليه في مال الموكل الذي هو الثمن فتأمل جيداً .

ولعله مما ذكرناه اخيراً دليلا للمطلوب ينقدح اختصاص الضمان ـ على الوجه الذي ذكرنا ـ بالوكيل دون الأجنبي .

نعم يتجه ذلك لو كان مدرك المسألة تضييع حق الحبس من غير فرق بين الوكيل و غيره و الله العالم .

﴿ و كذا ﴾ ذكروا ان ﴿ اطلاق الوكالة في الشراء يقتضي الاذن في تسليم الثمن ﴾ و الكلام فيه على نحو ما سمعته في تسليم المبيع ﴿ لكن ﴾ ظاهرهم الاتفاق على انه ﴿ لايقتضي ﴾ اطلاق ﴿ الإذن في البيع ﴾ الاذن في ﴿ قبض الثمن ، لأنه قد لايؤمن على القبض ﴾ و كذا اطلاق الإذن في الشراء لايقتضي الإذن في قبض المبيع، لأنه قد لايؤمن عليه أيضا .

نعم اذا قامت قرائن حالية أو مقالية على ذلك اتبع مقتضاها حينئذ ، بل هو ضامن للثمن والمبيع إذا لم يقبضهما فتلفا على البايع و المشتري ، لتفريطه ، وظاهرهم هنا ضمان نفس المبيع و الثمن ، لا قيمة المدفوع ، و لعلّه لما عرفت من صدق كونه مفرطاً و مضيّعاً وخائنا فيما هو موكل فيه والله العالم .

﴿ و للوكيل ﴾ في الإبتياع مثلا ﴿ أن يردّ بالعيب ﴾ مثلا المفروض صحة العقد عليه باعتبار خفائه ﴿ لانه من مصلحة العقد ﴾ الموكل عليه ، و قد عرفت أن للوكيل مراعاة المصلحة فيما هو وكيل فيه ، مضافا إلى تناول اطلاق أدلّته له في وجه، فله حينئذ ذلك ﴿ مع حضور الموكل وغيبته و ﴾ لكن ﴿ لو منعه الموكل لم يكن له مخالفته ﴾ ضرورة كون الحق له ، وإنما كان ثبوته له باطلاق الوكالة في الابتياع مثلاً .

و لعل المصنف أراد التنبيه بذلك على عدم ثبوته له من حيث كونه عاقداً على وجه لامدخليّة لنهي المالك عنه ، نحو ما احتمل في خيار المجلس للوكيل ، أوعلى

الفرق بينه و بين عامل المضاربة ، بناء على عدم تسلط المالك في اسقاط خيار العيب الثابت له ، لعدم انحصار الحق فيه .

و على كل حال فما في المسالك ـ تبعا لجامع المقاصد من إشكال أصل ثبوت الردّ بأنه إنما أقامه مقام نفسه بوكالته له في العقد ، لافي اللوازم التي من جملتها القبض و الاقالة وغيرهما ، وليس له مباشرتها اجماعاً ـ لامحصّل له ، بعد فرض الفهم عرفا ، و تناول دليل الردّ له شرعاً بل الظاهر ثبوت ذلك أيضا في الوكالة على شراء عين بخصوصها ، مالم يظهر من المالك إرادته على كل حال ، و إن استشكل فيه في القواعد .

بل عن التذكرة الجزم بعدم الردّ في الأوّل فضلاً عن الثاني مشعراً بدعوى الاجماع عليه في وجه و وافقه على ذلك ثاني المحققين و الشهيدين ، و لعلّ الفهم عرفا و تناول الدليل شرعا حجة عليهم .

و حينئذ فلوا ستمهله البايع حتى يحضر الموكل لم يلزم إجابته ، مع فرض عدم مصلحة في ذلك ، فان ادعى البايع رضى الموكل ، و أنه يعلم الوكيل بذلك ، استحلفه على نفي العلم ، و لو ردّه فحضره الموكل و ادعى الرضا على وجه يقتضى سقوط خيار الردّ وصدّقه البايع انكشف حينئذ بطلان ردّ الوكيل .

لكن في التذكرة ، و القواعد ، و جامع المقاصد بطل الردّ إن قلنا بالعزل، و ان يعلم الوكيل ، بل في الأخير زيادة ، أما على القول بأنه لاينعزل مالم يعلم العزل ، و هو الأصح ، فانّ الردّ ماض ولا أثر لرضا الموكل .

و فيه أنه لاوجه لبناء ذلك على المسألة المزبورة ، بل الظاهر انكشاف بطلان الرد على كل حال ، ضرورة انتفاء متعلق الوكالة مع فرض سبق اسقاط المالك الخيار قبل ردّ الوكيل به ، كما هو واضح بأدنى تأمل .

و دعوى عموم أدلة تلك المسألة ـ كصحيحي ابن وهب و سالم [1] المتقدمين و

(١) الوسائل الباب ـ ١ و ٢ من ابواب أحكام الوكالة الحديث ـ ١

غيرهما للأعم من العزل بالقول و الفعل الشامل لما نحن فيه ، فيكون ذلك منهما اختياراً في المسألة لا اشتباها ـ يدفعها استبعاد التزام مقتضاها من مراعاة كل تصرّف للموكّل بتصرف الوكيل ، فإن كان قد وقع منه و لو بعد تصرف الموكل ما ينافيه قدّم عليه ، و صار سببا لانفساخ تصرف الموكل الجامع لجميع شرائط الصحة و اللزوم ، و إلا مضى .

فالوكيل حينئذ بالنسبة إلى المالك أعظم من الوليين اللذين يمضي تصرّف السابق منهما ، لما عرفت من مضيّ تصرف الوكيل و إن كان متأخرا دون الموكّل، ولا ريب في منافاته لعموم [1] « تسلط الناس على أموالهم » [2] « و أوفوا بالعقود » و غيرها بل لايلتزمه من له أدنى دربة في الفقه .

و دعوى أن التعارض بين هذه العمومات من وجه ، يدفعها أوّلا : ظهور أدلة الوكالة في بقاء الموضوع الموكل فيه ، فلا تعارض حينئذ ، بل يستفاد من مجموع قوله عليه السلام « الناس مسلطون » الى آخره و نحوه و من قوله [3] « من وكّل بأمر » إلى آخره سوى ثبوت الولاية لكل منهما على ذلك ، فأيّهما سبق تصرفه نفذ و إن اقترنا بطل .

بل هو مقتضى قيام الوكيل مقام المالك ، و كونه نائبا منابه ، وفرعاً من فروعه، و ليس في شيء منها ما يقتضي فسخ تصرف الموكل بوقوع تصرف الوكيل بعده ، بل دعوى ذلك من غرائب الفقه ، ضرورة كون العكس مظنة ذلك .

و منه ينقدح أنه لو سلم التعارض من وجه ـ و إن كان هو كما ترى ـ فلا ريب في كون الترجيح لتلك ، باعتبار معلومية خروج مسألة الوكالة عن القواعد التي يجب الاقتصار فيها على ما هو المتيقن ، و هو العزل قولا ، أو فعلا مع بقاء العين

---

(١) البحار جلد ٢ ص ٢٧٢ الطبعة الحديثه

(٢) سورة المائده الاية ـ ١

(٣) الوسائل الباب ـ ١ ـ من ابواب احكام الوكالة الحديث ـ

الموكل عليها قابلة لتعلّق فعل الوكيل فيها كما هو واضح .

و بذلك بان لك أن ما في القواعد و جامع المقاصد واضح الضعف على كل حال ، كما أنّ ما فيها أيضا من أنه لو رضى الوكيل بالعيب فحضر الموكل و أراد الردّ له ذلك ، لا يخلو من نظر أيضا ضرورة أن فعله الموافق للمصلحة ماض على الموكل .

نعم لو قلنا بأن الالتزام و الردّ للوكيل ليس من حيث الوكالة ، بل للأدلة الشرعية أمكن حينئذ اشتراك حق الخيار بينهما ، فلا يمضى التزام الوكيل حينئذ على الموكل ، لكن فيه أنه ينبغى أيضا عدم مضيّ التزام الموكّل على الوكيل ، و قد عرفت تصريحه سابقا بخلافه ، أللهم الا أن يفرّق بين الموكّل و الوكيل في ذلك .

الفصل ﴿ الثانى ﴾

﴿ في ﴾ متعلّق الوكالة وقد اعتبر الفاضل فيه أموراً ثلاثة أحدها : أن يكون قابلا للنيابة ، ضرورة أنّها روح الوكالة ، فلابد حينئذ من معرفة ﴿ مالا تصح فيه النيابة ، و ما تصح فيه ﴾ و المهمّ في ذلك تحرير أصل يرجع إليه في محال الشك.

وقد يستفاد من التأمّل في كلام الأصحاب أنّ الأصل جواز الوكالة في كلّ شيء ، كما يومي إلى ذلك ذكر الدليل فيما لا تصح فيه من النص على اعتبار المباشرة و نحوها ، ممّا يمنع من الوكالة دون ما صحّت فيه ، و لعلّ مرجع ذلك إلى دعوى اشتراط المباشرة و نحوها مما يمنع الوكالة ، و الأصل عدمها .

و لا يكفي في امتناعها ثبوت مشروعيته حال المباشرة ، فانّ ذلك لا ينافي عموم مادلّ على جواز الوكالة ، إنما ينافيه اعتبارها شرطاً ، وأصالة عدم الوكالة قدانقطع بثبوت مشروعيتها ، كغيره من العقود ، بل الظاهر الاكتفاء في اثبات عمومها بنحو

قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن سالم[1] «أنّ الوكيل إذا وكّل ثمّ قام عن المجلس فأمره ماض أبداً ، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل» .

و قوله في الصحيحين[2] أيضا « من وكّل رجلا على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً ، حتى يعلمه بالخروج منها ، كما أعلمه بالدخول فيها » و نحو ذلك مما لاينافي دلالته على كون الوكالة جائزة ، مسوقة لبيان توقف العزل على الاعلام ، ضرورة أنّه دلّ على ذلك و على المشروعية .

بل هو كاف في اثبات المطلوب ، ضرورة تناوله لكل مورد من الموارد التي تعلقت به الوكالة من محال الشك ، فإنه يصدق عليه حينئذ أنّه وكّل على إمضاء أمر ، فلا ينعزل حتى يبلغه العزل .

و بالجملة من أعطى التأمّل حقّه في هذه النصوص و ما شابهها يكاد يقطع بما ذكرنا خصوصاً مع ملاحظة التمسك من الأصحاب في كلّ عقد بالعمومات جائزها ولازمها، و ليس في شيء منها سوى مادلّ على مشروعية طبيعتها ، المقتضي للمشروعية في كلّ فرد من أفرادها التي حلّت فيه الطبيعة ، حتى يعلم فساده .

فالحكم الشرعي في خصوص الفرد الذي هو محلّ الشك مستفاد من الجواز الثابت للطبيعة حينئذ، بعد فرض تحقق الإطلاق العرفي الذي لامدخلية للصحة الشرعية فيه ، فإنّها اسم للأعم من الصحيح و الفاسد .

و بذلك ظهر لك مشروعية الوكالة في كل شيء إلا ما علم خروجه ، و قد نبه عليه المصنف بقوله ﴿أمّا مالا تدخله النيابة فضابطه ما تعلّق قصد الشارع بإيقاعه من المكلّف مباشرة﴾ بنص أو إجماع أو نحوهما فإن الوكالة حينئذ منافية لحقيقته أو لما يعتبر فيه ﴿كالطهارة﴾ من الحدث ﴿مع القدرة﴾ ترابية كانت أو مائيّة ﴿و إن جازت النيابة في غسل الاعضاء عند الضرورة﴾ أو مسحها بالتراب إلاّ أنّ المتولي

١ــ الوسائل الباب ــ ٢ــ من ابواب أحكام الوكالة الحديث ــ ١ــ

٢ــ الوسائل الباب ــ ١ــ من ابواب أحكام الوكالة الحديث ــ ١ــ

للنية هو لا النائب ، و إلاّ لم يصحّ بل في المسالك « هذه الإستنابة ليست توكيلا حقيقيا ، و من ثم تقع ممن لايصحّ توكيله كالمجنون» و فيه أنه لا يقتضي عدم صدق الوكالة في تولي البالغ العاقل .

نعم قد يقال إنه فردثان للغسل المأموربه مباشرة حال القدرة اكتفى به الشارع، باعتبار تهيئة أعضائه و قبول الصّب ونحو ذلك حال العجز ، أمّا الطهارة من النجاسة فقد قيل إنه يجوز له الاستنابة فيه ، لأنّ الغرض منه هجران النجاسة و زوالها كيف اتفق ، و من هنالم يعتبر في صحّته النية و إن ترتب الثواب معها ﴿ و الصلاة الواجبة مادام حيّا ﴾ بالأصل إلّا في مثل ركعتي الطواف في النيابة في الحجّ عن الحيّ العاجز، بناء على شرعيته تبعا للمنوب فيه فضلا عن ركعتي الطواف المندوب، و ركعتي الزيادة .

و أمّا غيرهما من النوافل و مطلق الصوم المندوب ففي المسالك « في جواز التوكيل فيه نظر ، و إطلاق جماعة من الأصحاب المنع من الإستنابة في العبادات يشملهما ، و إن تقيد الإطلاق في غيرهما .

قلت : قد يستفاد من النصوص مشروعية إهداء الثواب فى جميع المندوبات للحيّ و الميت ، بل قد يستفاد منها فعلها عنه على وجه يترتب الثواب له كما أشرنا اليه سابقا في العبادات . نعم لا دليل على شرعية النيابة فيه على وجه يسقط خطاب الندب عن المكلف ، بل هو باق على ندبيته له ، و إن ترتب ثواب له على فعل الغير بنية النيابة عنه فلاحظ و تأمل .

و من ذلك يعلم الحال في إطلاق عدم جواز النيابة في العبادات حتى جعله في المسالك أصلا و إن خرج منه ما خرج بالأدلة الخاصة ، و فيه : أنه ليس في العبادة إلا الفعل بقصد القربة ، و إنّ الشارع جعل ذلك سببا لترتب الثواب عليه ، و هوغير مناف للنيابة فيه، فيندرج في عمومها الذي مقتضاه مشروعية جعل فعل الغير فعل الانسان نفسه بالإذن و التوكيل من الطرفين .

و هذا أمر شامل للعبادة و غيرها فتأمل ، فانه دقيق نافع ، و إنه من ثمرات الأصل الذي ذكرناه و خصوصا بعد التأمل فيما جاز من النيابة فيها حال الحياة و بعد الموت ، و خصوصا المالية منها فتأمل جيدا والله العالم .

﴿و كذا ﴾ الكلام في ﴿ الصوم ﴾ الواجب و المندوب ، و إن قال في جامع المقاصد : « إن ظاهرهم عدم جواز النيابة فيه مطلقا ، واجباً كان أو مندوبا مادام حيا» بل ﴿و﴾ مثله ﴿الاعتكاف﴾ المعتبر فيه الصوم ﴿و الحج الواجب مع القدرة﴾ أمّا مع العجز فقد عرفت البحث فيه في كتاب الحج ﴿ و الايمان ﴾ حتى الايلاء ﴿ و النذور و الغصب ﴾ و ساير المعاصي المعلوم ترتب الاثم على فاعلها كالزنا و اللواط ﴿ و القسم بين الزوجات ، لأنه يتضمن استمتاعاً و الظهار ﴾ الذي صيغته مختصة بالمظاهر و منكر من القول وزور و بمعنى اليمين ﴿و اللعان﴾ الذي حقيقته الدعاء على نفسه إن كان مفترياً ، أو شهادة أو يمين ﴿ و قضاء العدة ﴾ التي هي لاستبراء الرحم ﴿ و الجناية ﴾ و نحو ذلك مما علم في بعضه عدم قبول النيابة .

و أما البعض الآخر فان ثبت فيه اجماع و نحوه من الأدلة المعتبرة على منع النيابة فيه كان هو الحجة ، و إلّا كان محلا للنظر و التأمل و مثل الظهار الذي هو كالطلاق و الصيغة موردها المباشر إذ كان هو نحو غيرها من النذر و العهد و اليمين و نحوها مما هي من الاسباب لترتب أحكام ولا مانع من النيابة فيه ، و الحرمة على المظاهر لا تقتضي الحرمة على وكيله في إجراء الصيغة إذا كان جاهلا مثلا ، على أن الاعانة لا تقتضي عدم ترتب أحكام السبب ، كما أنّ ذلك لا ينافي عمومات الوكالة و الله العالم .

﴿ و ﴾ أمّا ﴿الالتقاط ﴾ المملك ﴿و الاحتطاب و الاحتشاش﴾ ففي القواعد فيه نظر ، و في التذكرة الجزم بعدم الصحة في الالتقاط ، و يمكن أن يريد به غير الذي هو بحكم المباح اماهو ففيه البحث فى حيازة المباحات . وقد ذكرنا في المضاربة تحقيق الحال فيها و قبولها للنيابة باستيجار و غيره ، لعدم ما يدلّ على الدخول في

ملك المحيز قهراً حتى لو قصد عدمه، بل لعل ظاهر الدليل خلافه، خصوصاً مع عدم قصد الدخول في حوزته بالاستيلاء عليه.

نعم ظاهر قوله عليه السلام (١) «من أحيى، أو حاز» أو نحوهما اعتبار قصد الفعل بعنوان الاستيلاء عليه، والادخال تحت سلطانه الذي هو الملك عرفا في ترتب الملك شرعا، فهو حينئذ من الاسباب الشرعية في حصول الملك، و لا مانع من جريان النيابة فيه، كغيره من الأسباب لعموم الوكالة كما هو واضح بادنى تأمل.

و أما الالتقاط بمعنى ترتب حكم التعريف و نحوه عليه فقد يظهر من بعضهم عدم الجواز فيه، و لعله لظهور أدلته في اعتبار المباشرة فيه، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه، إن لم يكن إجماعا، ﴿ و ﴾ قلنا بالعموم المزبور على الوجه المذكور.

نعم لا تجوز الوكالة في ﴿ إقامة الشهادة إلا على وجه الشهادة على الشهادة ﴾ بل هي ليس من الوكالة بل النيابة في شيء، و إنما هي شهادة على الشهادة، و لكن لها شبه في النيابة، و من هنا صح الإستثناء، و لو بجعلها من الافراد المجازية لها.

و أمّا القضاء و الحكم بين الناس و قسمة الفيىء و الغنيمة ففي جامع المقاصد «أنه يصح التوكيل فيه» و مراده و لو بقرينة ما تقدم له سابقا ما في المسالك من جواز تولية الإمام غيره في القضاء، و كذا تولية منصوبه الخاص لغيره مع الإذن في ذلك، و تسمية هذا النوع وكالة مجاز، و استثناؤه من هذا الباب لكونه عبادة، بل من أكمل العبادات، إلى أن قال: «و إنما قيدنا تولية القضاء بالإمام أو نائبه الخاص لعدم إمكان تولية منصوبه العام و هو الفقيه في زمان الغيبة لغيره، لأن غيره إن كان جامعا لشرائط الفتوى كان مساوياً للأول في كونه نائبا للإمام فيه أيضا، و إلا لم يتصور كونه قاضياً، لما اتفق عليه الأصحاب من اشتراط جميع شرائط الفتوى في القاضي، نعم يمكن الإستنابة في الحلف بعد توجه اليمين.

---

(١) الوسائل الباب ـ ١ ـ من ابواب احياء الموات الحديث ـ ٥ ـ ٦

لكن فيه مواضع للنظر كدعوى أنه من العبادات التي من شرط صحتها النية، و كدعوى عدم تصوره في زمن الغيبة لما ذكره مما يعتبر في القاضي لا نائبه في القضاء، بمعنى جواز توليته قول حكمت الذي فيها الفصل بين المتخاصمين ، فهي كغيرها من الأسباب التي يصح فيها التوكيل ، فالأولى الإستناد فيه إلى الإجماع على عدم قبوله للنيابة ان كان ، و تسمع انشاء الله زيادة تحقيق للمسألة في كتاب القضاء .

و في جامع المقاصد متصلا بالعبارة السابقة « و كذا لا يجوز للحاكم أن يوكل من ينوب عنه في الحجر و يوكل الغرماء من يطلبه منه ، أما المحجور عليه فلا يصح له أن يستنيب من يحكم عليه بالحجر عنه » و مراده أن يكون النائب نفسه محجورا عليه .

و أما ردّ السلام فقد جزم في جامع المقاصد بعدم صحة التوكيل فيه ، و أنه متعلق بمن سلّم عليه ، معللا له بأنّ وجوبه فوري و التوكيل مؤدّ إلى فواته ، و فيه أنّ مجرد ذلك لا يصلح للمانعية، لامكان تصوّرها مع عدم فواتها ، و كذا الكلام في كلّ فوري خيار و غيره ، و أما التوكيل في الإقرار ففيه بحث تعرفه إنشاءالله تعالى فيما يأتي ، هذا كله فيما لا يدخله النيابة لمعلومية اعتبار الشارع فيه ما ينافيها .

﴿ و أمّا ما تدخله النيابة ، فضابطه : ما جعل ذريعةً إلى غرض لا يختص بالمباشرة ﴾ و يكفي في ذلك عدم العلم باعتبارها ، لعموم مشروعية الوكالة و النيابة كما عرفت ، ﴿كأ﴾نواع﴿البيع و﴾ توابعه من ﴿ قبض الثمن ﴾ ودفع المثمن ، و الإقالة ، و اثبات الخيار والفسخ به ، ونحو ذلك .

﴿و﴾ كذا ﴿الرهن و الصلح و الحوالة ﴾ و الكفالة ﴿و الضمان والشركة و الوكالة و العارية و في الأخذ بالشفعة و الابراء و الوديعة ﴾ و الوصية ﴿ و قسم الصدقات ﴾ و قبضها و دفعها ﴿ و عقد النكاح و ﴾ توابعه من ﴿ فرض الصداق ﴾ و الفسخ بالعيب ﴿و الخلع﴾ والمباراة ﴿و الطلاق ﴾ و غيرها ﴿و استيفاءالقصاص﴾

و إن شرع للتشفي ﴿ و قبض الديات ، و في الجهاد على وجه ﴾ لأن المقصود به حماية الدين ، و حراسة المسلمين ، فلا يتعلق الغرض فيه بمعين .

نعم لو فرض تعينه بتعيين الإمام إيّاه لجودة رأيه في الحرب أو بتوقف الدفع عليه ، لم يجز التوكيل فيه ، و في جامع المقاصد هذا هو المراد بقوله على وجه ، ﴿ و في استيفاء الحدود مطلقا ﴾ مع حضور المستحق و غيبته ، و سواء كان الحدّ لآدمي أو لله تعالى .

﴿ و ﴾ كذا يجوز التوكيل ﴿ في اثبات حدود الآدميين ﴾ التي هي أحد حقوقهم ، ﴿ أمّا حدود الله سبحانه ﴾ و تعالى ﴿فلا﴾ يجوز عند المصنف و الفاضل في القواعد ، بل تحريره المنع منه مطلقا ، إلا في حدّ القذف .

لكن في التذكرة صرّح بجوازه في اثبات حدّ الله فضلا عن الآدمي ، محتجا بأنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم (١) وكّل أنيساً في اثبات الحدّ و استيفائه جميعاً حيث قال له « فان اعترفت فارجمها» و بدخول ذلك في نيابة النوّاب الذين كانوا يرسلونهم إلى الأطراف ، و لعلّه الأقوى في النظر ، فيجوز للامام و نائبه العام ذلك ، و لا ينافيه درءالحدّ بالشبهة. نعم ليس لأحد توكيل غيره في ذلك ، لاستواء المكلفين في الحسبة، و يمكن حمل عبارة المصنف و غيره على ذلك .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ يجوز التوكيل ﴾ في عقد السبق و الرماية ﴿ كغيره من العقود ﴾ ﴿والعتق والتدبيروالكتابة ، و في الدعوى ، و في اثبات الحجج والحقوق﴾ و غيرها مما لاحاجة إلى تعدادها بعد ما عرفت من الأصل الذي ذكرناه ، مع أنّ هذا التعداد لايفي بحصرها ، كما أن الضابط المزبور لا يجدي في أفراد الشك .

أللهم إلا أن يريدوا به ما أشرنا إليه من الاكتفاء بعدم العلم فيه ، و لعلّه المقصود لهم ، كما يومي إليه تعرّضهم للدليل في ممنوع التوكيل ، بخلاف غيره مما اكتفوا فيجوازالتوكيلفيه ، بعدم مايقتضي المنع ، و بذلك يتم أيضا ماذكرناه

(١) سنن البيهقي ج ٨ ص ٢٢٥

من الأصل المزبور و الله العالم .

و الثاني من الأمور المعتبرة في الموكل فيه أن يكون معلوما بنوع من العلم، كماعرفت تفصيل البحث فيه سابقا على هذا الفصل ، ﴿و﴾ كذا عرفت الحال فيما ﴿لو و كـّل على كل ّ قليل و كثير ﴾ و أنه ﴿ قيل لايصح ّ لما يتطرق من احتمال الضرر ﴾ بعتق جميع عبيده ، و تطليق جميع نسائه ، و هبة جميع أملاكه و نحو ذلك ، مما لا يوجـّه ﴿ و قيل يجوز ، و يندفع الاحتمال باعتبار المصلحة و ﴾ لكن قال المصنف : ﴿ هو بعيد عن موضع الفرض﴾ الذي هو العموم المزبور .

﴿ نعم لو و كـّله على كل ما يملك صح ّ لأنه يناط بالمصلحة ﴾ بعد اندفاع معظم الغرر عنه بتخصيص المتعلق في الجملة .

و فيه أو ّلا : أن العموم أولى باعتبار المصلحة المعتبرة في الفرد الخاص ، فضلا عنه .

و ثانيا : أنه لا فرق فى ضبط المصلحة بين العمومين ، فان انتشار العام لا يمنع من ذلك ، فان مرجع المصلحة الى نظر الوكيل فما علم فيه المصلحة فعله ، و ماﺍشتبه امتنع ، ولأنه لوفصـّل ذلك العام المنتشر صح ّ، ويقيد برعاية المصلحة على ما اعترفوا به ، و ذلك مشترك بينهما و يمكن حمل كلام المصنف على إرادة البحث في صحـّة الوكالة ملاحظاً فيه عدم التقييد بالمصلحة ، وأنه يفعل كلما يشاء ، وحينئذ يبقى البحث معه في ذلك ، مع فرضها على وجه يصح وقوعها من الموكل و أنها لا تؤثر سفها أو نحوه ممـّا يمنعه من الوكالة فانه يكون خارجاً عمّا نحن فيه اما مع عدمه فالوجه الصحة لعموم الوكالة فتأمـّل جيدا .

الثالث : أن يكون مملوكا للموكل اتفاقا منـّا كما في جامع المقاصد « فلو وكله على طلاق امرأة سينكحها أو عتق عبد سيملكه أو بيع ثوب سيشتريه لم يصح نعم لو وكله على شراء عبد و عتقه أو ثوب و بيعه جاز ، و منه كما في جامع المقاصد ما لو قال : طلّق زوجتي ثلاثا فانه يكون وكيلا فى الرجعتين بينهما ، قال : ولكن

يرد عليه أن ذلك توكيل في تصرف لا يملكه الموكل وقت التوكيل، فإن الرجعة انما يملكها بعد الطلاق فحقه أن لا يصح .

ثم أجاب بأنه ليس ببعيد أن يقال : إن التوكيل في مثل هذا جائز لأنه وقع تابعا لغيره ، ونحوه مالو وكّله في شراء شاتين ، وبيع إحديهما أمّا لو وكله فيما لا يملكه استقلالا كما لو وكل في طلاق زوجة سينكحها لم يصح ، والفرق بين وقوع الشيء أصلا وتبعا كثير ، لأن التابع وقع مكملا بعد الحكم بصحة الوكالة ، واستكمال أركانها ، وقد وقع الإيماء إلى ذلك في التذكرة .

قلت : وقد تبعه عليه كلّ من تأخر عنه ، ونظروه في الوقف على المعدوم أصالة وتبعاً .

لكن الانصاف أنه ليس بشيء عند التأمل ، فإن النظائر لا تصلح لأن تكون دليلا ، ودعوى تناول العموم له دون الأول مجرّد اقتراح ، وإنكار جوازه مطلقا مكابرة ، بل مشروعية المضاربة حجة عليه ، فإنها من الوكالة أيضاً فلابد أن يقال ما يرجع منها الى معنى التعليق باطل ، باعتبار اقتضاء تأخير متعلقها تأخرها

أما مالا يرجع إلى ذلك بان جعله وكيلا عنه ونائبا منابه فيما هو اهل له ، ولو بإيجاد سببه المتأخر ، عن حال العقد صح ، وإن لم نجعله تابعا في وكالة شخص خاص ، بل وكّل شخصاً على الشراء وآخر على بيع مايشتريه ذلك ، لكن على الوجه المزبور وبالجملة لا يبعد القول بمشروعية الوكالة لما ذكرناه من عمومها في جعل الشخص نائبا منابه وقائما مقامه في كل ماهو أهل له ، من غير فرق بين الموجود والمتجدد له من ملك وغيره .

وحينئذ له أن يبيع مايدخله في ملكه بإرث وهبة و غيرهما ، ولعل من ذلك وكلاء الأئمة ونوابهم سيما وكلاء الناحية و وكلاء المجتهدين في زمن الغيبة على ما يتجدد من حق الخمس والزكاة وغير ذلك مما هو راجع إلى الإمام عليه السلام فتأمل جيداً فإنه دقيق نافع لم أجد من أحاط به .

نعم احتمله الشهيد في حواشيه ، وحكاه عن التذكرة هذا ، ولعله بالتأمل فيما ذكرناه يظهر لك أن العنوان المزبور في الشرط المذكور في غير محلّه ، وإن انساق إلى الذهن بعض الافراد التي تنطبق عليه ، والأمر سهل بعد معلومية الحال في كثير من الافراد التي هي ممنوعة مباشرة وتوكيلا ، بل لا يجوز له في بعضها مباشرتها للغير أيضاً فلا يصح وكالته فيها ولا توكيله ، ومنها ما يحرم عليه مباشرتها وإن جاز التوكيل فيها ككنس الحائض والجنب المسجد .

وعلى كل حال فلو قال الموكل اشتر لي من مالك كرّ طعام لم يصح ، إذا كان المراد جعل الثمن في العقد من مال الوكيل لما هو معلوم من عدم جواز شراء الانسان بماله ما يملكه غيره ، فيكون وكالته فيه باطلة .

نعم لو قال : اشتر لي في الذمة واقض الثمن عني من مالك صح ، لجريان الوكالة في وفاء الدين ، ولو قال اشتر لي من الدين الذي لي عليك صحّ ، وبرء بالتسليم إلى البايع الذي قد أقامه الموكل مقام نفسه ، كما تسمعه من المصنف ، ولا يكفي تشخيص المديون قبل قبضه بعد أن لم يكن وكيلا على ذلك .

وحينئذ فلو شخص المديون الدين بنقد خاص واشترى به للموكل لم يكن صحيحاً واحتمل بعض الأفاضل صحته ، وإن كان لم يبرء تماماً إلا بالتسليم إلى البايع وحاصله أنه بذلك التشخيص يكون الملك للموكل متزلزلاً ويكفي في صحة البيع ولكن تمامه متوقف على تسليم البايع .

إلا أنه كما ترى لا يمكن انطباقه على القواعد الشرعية ، بعد فرض عدم وكالته على التشخيص المزبور ، ودعوى استفادة ذلك كلّه من عبارة الموكّل ممنوعة ، وستسمع زيادة لذلك عند تعرض المصنف له في آخر الفصل الرابع والله هو العالم بحقيقة الحال .

الفصل ﴿ الثالث : فى الموكل ﴾

﴿ويعتبر فيه البلوغ والعقل وأن يكون جائز التصرف فيما وكل فيه مما تصح فيه النيابة ، فلا تصح وكالة الصبي﴾ لسلب عبارته وفعله فضلا عن عدم جواز تصرفه ﴿مميزا كان أو لم يكن﴾ أذن فيه وليه أو لم يأذن ، كما عرفته غير مرة .

نعم ﴿ولو بلغ عشراً جاز أن يوكّل فيما له التصرف فيه ، كالوصية والصدقة﴾ والعتق ﴿والطلاق على رواية﴾ بل في جامع المقاصد نسبة القول بها في الثلاثة الاول إلى الشيخ وجماعة ، بل فيه «إن القول به وإن كان مشهوراً إلا أن مستنده غير واضح» .

قلت : ستعرف في كتاب الوصية أن الاقوى جوازها فيه ، إذا كانت بالمعروف لارحامه وغيرهم ، وفاقا للمشهور ، أما غيرها فمحل بحث ومنع ، وحينئذ لا بأس بتوكيله فيها ، ضرورة ترتب صحتها على جواز ذلك له ، لأن احتمال اعتبار المباشرة في الجواز له كما ترى ، بل الظاهر بعد جوازه له ، جواز توليه لغيره ممن يجوز منه صبياً أيضاً وغيره ، كما أومى إليه المصنف بقوله ﴿وكذا يجوز أن يتوكل فيه ،﴾ لأن احتمال اختصاص اعتبار لفظه فيه نفسه بعيد عن مذاق الفقه .

﴿وكذا لا تصح وكالة المجنون﴾ مطبقا أو أدواراً ، بلا خلاف ﴿و﴾ لا اشكال ، بل قد عرفت اتفاقهم ظاهراً فيما تقدم على انه ﴿ لو عرض ذلك بعد التوكيل أبطل الوكالة﴾ بل والاذن ، وإن تأمل فيه المحدّث البحراني بل مال اليه ، لكنه في غير محله ، كما أوضحناه سابقا .

ولعل الشرط الثالث كان مغنيا عن ذكر الاولين ، ضرورة عدم جواز التصرف للصبي والمجنون ، فلا تصح منهما الوكالة، ومن هنا عبّر الفاضل عن هذا الشرط باعتبار ملك الموكل مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية ، ثم فرع عليه عدم الجواز للصبي والمجنون وغيرهما ، والأمر سهل بعد وضوح الحال .

و أمّا المملوك فلاخلاف ﴿ و﴾ لا إشكال في أن ﴿ للمكاتب ﴾ منه المشروط و المطلق ﴿ أن يوكل﴾ في البيع والشراء و نحوها ﴿لأنه يملك التصرف في الاكتساب﴾ فيجاز له الوكالة فيه ، نعم قد يتوقف في وكالته عن الغير في ذلك مالم يكن اكتسابا ، و مقتضى الأصل المنع ، كتوكيله في غير التكسب ، و ليس الاذن المستفاد من عقد المكاتبة في التكسب يقتضى الإذن في غيره . لكن ستسمع إنشاء الله تحقيق الحال فيه في محلّه .

﴿ و ليس للعبد القن أن يوكل إلا باذن مولاه ﴾ وإن قلنا بملكه ، لكونه محجورا عليه فيه ، نعم يجوز له التوكيل فيما يملك مباشرته بدون إذنه كالطلاق كما سيأتي ﴿ و لو وكله انسان ﴾ بإذن مولاه بناء على اعتبار ذلك في صحة وكالته ﴿ في شراء نفسه من مولاه صح ﴾ للعمومات و مغايرة المشتري للمبيع يكفي فيها الاعتبار ، مع أنها هنا حقيقيّة لأن المشترى حقيقة هو الموكّل كما هو واضح .

﴿ و ليس للوكيل أن يوكل ﴾ عن الموكل ﴿ إلا باذن منه ﴾ بصريح اللفظ أو ظاهره ، أو قرينة حال أو مقال ، بلاخلاف ولا إشكال ، بل الإجماع بقسميه عليه ، ضرورة أن مجرد وكالته على البيع مثلا لايقتضي وكالته ، بل ولا الإذن في ايقاع عقد الوكالة عنه للغير ، أو الإذن له في ذلك كما هو واضح ، وليس هو كالوصي الذي وصايته ولاية ، لا استنابة ، فيجوز له الوكالة عن نفسه إلا مع اص الموصي على المنع ، لعموم[1] « فمن بدّله » خلافاً لابن حنبل في احدى الروايتين عنه ، و ابن أبي ليلى إذا مرض أوغاب ، فجوّزا توكيله الغير عن الموكل ، و هو كما ترى ، و أما وكالته عن نفسه فظاهرهم أيضاً أنها كالوكالة عن الموكل متوقفة على الإذن من الموكل .

لكن قد يشكل ذلك بعدم ثبوت حق للوكيل على وجه يصح توكيله ، خصوصاً بعد ما اعتبروا في الموكل أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية ، فلاتجدي

---

(١) سورة البقرة الاية ١٨١ .

الإذن من الموكل في الوكالة عنه نفسه في كون الأمر مستحقا كي يصح توكيله عن نفسه ، وإلاّ لاقتضت مجرد وكالته هذا الاستحقاق له ، على وجه لايحتاج إلى إذن الموكل في توكيله ، وصارت الوكالة حينئذ كالولاية .

ويمكن أن يكون وجهه أن له حق النيابة فيما له فعله ، و هوالمراد بملك الموكل له إلا أنّ توقفه على إذن الموكّل باعتبار توقف صيرورة فعل شخص لآخر على الإذن منه فيه ، والفرض أن الوكيل الثاني يفعل الفعل عن موكله للموكّل الأوّل ، فلايكون له إلا مع اذنه فيه ، إذ مع عدمها إنما أذن في لفظ الوكيل الأول مثلا أن يكون لفظا له ، لا وكيله . كما هو واضح ونافع ، ويأتي مزيد تحقيق لذلك إنشاء الله عند تعرض المصنف له .

﴿ و لوكان المملوك مأذونا له في التجارة ﴾ عن نفسه أومولاه ﴿ جاز ﴾ له ﴿ أن يوكل فيماجرت العادة بالتوكيل فيه ﴾ لغيره من المأذونين كذلك ، ﴿ لانه ﴾ حينئذ بسبب العادة المزبورة ﴿ كالمأذون فيه ﴾ صريحاً بلاخلاف ﴿ و ﴾ لا اشكال ، نعم ﴿ لايجوز ﴾ له ﴿ أن يوكل في غير ذلك لأنه يتوقف على صريح الأذن عن مولاه ﴾ أوكالصريح في جواز التعويل عليه من ظاهر لفظ أو غيره ، ﴿ وله أن يوكل فيما يجوز أن يتصرف فيه ، من غير إذن مولاه مما تصح فيه النيابة كالطلاق ﴾ و نحوه مما فيه المقتضي للجواز بلامانع ، إذالرقيّة في حدّ ذاتها لاتمنع من التوكيل ﴿ و ﴾ إنما هي كالحجر لسفه أوفلس .

فيجوز ﴿ للمحجور عليه أن يوكل فيما لهالتصرف فيه ، من طلاق و خلع و ما شابهه ﴾ مما هوغير داخل في الحجر أمّا ما حجر عليه فيه ، فلاتجوز وكالتهفيه، لعدم كونه جائز التصرف حالها ، و هي استنابة .

لكن الإنصاف إن لم يكن إجماعا امكان القول بصحتها ، و إن توقف تصرف الوكيل على فك الحجر عن الموكل نحوالوكالة على طلاق امرأة وهي في طهر المواقعة أو حال الحيض الذي لاخلاف نصّا وفتوى في جوازه ، وليس ذامن التعليق في شيء بل

ولامن الوكالة في طلاق إمرأة سينكحها، فمافي التذكرة « من أنه من جوز التوكيل في طلاق إمرأة سينكحها ، وبيع عبدسيملكه ، فقياسه تجويز توكيل المحجورعليه بما سيأذن له فيه الولي و كل هذا عندنا باطل» لايخلو من نظر .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿لا ﴾ يجوز ان ﴿ يوكل المحرم في عقد النكاح و لا ابتياع الصيد﴾ بل ظاهرهم الاتفاق عليه ، لعدم جواز أصل الفعل للموكل ،فلاتجوز وكالته فيه ، بل لاتجوز وكالته عن الغير في ذلك كماستعرف ، لحرمة أصل الفعل عليه .

نعم هذا كله في الوكالة لإرادة الوقوع حال الإحرام ، أما لو حصلت الوكالة حالته لإرادة الوقوع حال الاحلال ففي المسالك « ظاهر العبارة منعه ، والأولى الجواز » وهو مؤيد لما قلناه سابقاً ، لكن في جامع المقاصد « ظاهرهم عدم الجواز ، فلايعتمد على هذا التوكيل لعدم كونه مالكا لمباشرة هذا التصرف الان . و هو شرط عندنا ، فكان كمالو وكل في طلاق امرأة سينكحها» ثم حكى عبارة التذكرة السابقة، إلا أنّه لايخفى عليك مافيه بعد الإحاطة بماذكرناه .

مضافاً إلى خصوص خبر الرازي [1] « قلت : لأبيعبدالله عليه السلام : رجل وكّل رجلا بطلاق إمرأته إذا حاضت و طهرت ، وخرج الرجل فبداله فأشهد أنه قدأبطل ماكان أمره به . وأنه قد بداله في ذلك ، قال : فليعلم أهله وليعلم الوكيل» .

هذا وتمام الكلام في حكم المحرم في محله و كذا المعتكف بناء على مساواته له في حرمة الشراء و نحوه ، فلاحظ و تأمل ، وعلى كل حال فقد ظهر بما ذكرنا أنه لاإشكال في صحة الوكالة مع اجتماع ماعرفت في الموكل .

﴿ و ﴾ حينئذ فلا إشكال في أنّه يجوز ﴿ للأب والجد أن يوكلا عن الولد الصغير ﴾ في كل مالهما الولاية فيه كغيرهما من الاولياء ، ﴿ و ﴾ كذا ﴿ تصح الوكالة في الطلاق للغائب اجماعاً ﴾ أو ضرورة لوجود المقتضي وعدم المانع ، فما عن

(١) الوسائل الباب ـ ٣ ـ من ابواب احكام الوكالة الحديث ـ ١

ابن سماعة من الخلاف في ذلك لاينبغي الالتفات اليه ، بل ﴿ وللحاضر على الأظهر ﴾ الأشهر بل المشهور ، بل عن ابن ادريس نفي الخلاف فيه بين المسلمين ، لعموم الوكالة و خصوص ترك الاستفصال في صحيح الأعرج [1] و غيره .

خلافاً للمحكي عن الشيخ والقاضي و التقي فمنعوها في الثاني لقوله عليه‌السلام [2] « الطلاق بيد من اخذ بالساق » المراد منه بقرينة معلومية جواز الوكالة في الغائب أن أمره إليه مباشرة أو وكالة ، و إطلاق خبر زرارة [3] عنه عليه‌السلام « لاتجوز الوكالة في الطلاق » المقتصر في تقييده على الغائب عن البلد ، جمعا بينه و بين النصوص المزبورة .

إلا أنه كما ترى ـ مع قصور سنده ومنافاة اطلاقه الاجماع و إن حكي عن ابن سماعة ـ لايقاوم ماسمعت من الأدلة من وجوه ، خصوصاً مع عدم التعرض في شيء من النصوص لغيبة ولاحضور ، وإن صرح بعضها بالجواز في الأول ، إلا أن اثباته لاينفى ماعداه كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ و لو قال الموكل إصنع ماشئت كان دالا على الإذن في التوكيل ﴾ عن الموكل و عن نفسه ﴿ لانه تسليط على ما تتعلق به المشيئة ﴾ الذي يندرج فيه الفرض فإن لفظ ـ ما ـ للعموم الذى لافرق بينه و بين الخصوص في الاعتبار ، و إن تفاوتا في القوة و الضعف فما في التذكرة من الخلاف في ذلك محتجا بأن التعميم فيما يفعله بنفسه ، فلا يتناول التوكيل ـ في غير محله .

﴿ و يستحب ﴾ استحبابا إرشاديّا ﴿ أن يكون الوكيل تام البصيرة فيما وكل فيه عارفا باللغة التي يتحاور بها ﴾ في الموكل فيه ، بحيث يكون مليا بتحقيق مراد الموكل ، بل عن ابن البراج وظاهر أبي الصلاح وجوبه ، و لكنه ضعيف ﴿ و ﴾ الوجه الندب .

---

(١) الوسائل الباب ـ٣٩ـ من ابواب مقدمات الطلاق و شرائطه الحديث ـ ١

(٢) الجامع الصغير ج ٢ ص٥٧ طبع احمد حنفى

(٣) الوسائل الباب ـ٣٩ـ من ابواب مقدمات الطلاق و شرائطه الحديث ـ٥

كما انه ﴿ ينبغي للحاكم أن يوكل عن السفهاء من يتولى الحكومة ﴾ والخصومة عنه ، اذا لم يباشر هو ، وكذا يوكّل من يباشر عنه جميع مايقتضيه الحال من التصرف الممنوعين منه وكذا غير السفهاء ممن للحاكم ولاية عليه ، وكذا الحكم في الوصي وغيره من الأولياء ، إلا أن ينص الموصى على عدم التوكيل ﴿ عنهم و ﴾ لكن ﴿ يكره لذوى المروات ﴾ من أهل الشرف والمناصب الجليلة الذين لايليق بهم الامتهان ﴿ أن يتولوا المنازعة بأنفسهم ﴾ لهم فضلا عنها لغيرهم .

بل قد يستفاد مما روى عن علي عليه السلام « أن للخصومة قحما ، و أن الشيطان ليحضرها ، وإني لأكره أن احضرها » عموم الكراهة المتسامح فيها ، وإن تأكدت فيهم خصوصا ، إذا كانت مع ذوى الألسنة البذية .

ولاينافي ذلك مخاصمة النبي صلى الله عليه وآله [1] مع صاحب الناقة إلى رجل من قريش ، ثم إلى علي عليه السلام ، ومخاصمة علي عليه السلام [2] ، مع رجل رأى عنده درع طلحة ، فقال له : إنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة ، فأنكره ودعاه إلى شريح القاضي فمضى عليه السلام معه إليه ، وهي مشهورة ، ومخاصمة علي بن الحسين عليهما السلام مع زوجته الشيبانية لما طلّقها وادعت عليه المهر، فان الدّواعي والضرورات الرافعة للكراهة في حقهم عليهم السلام قائمة والله العالم .

---

(١) الوسائل الباب ١٨ ــ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ــ ١٤ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث ٦ .

الفصل ﴿ الرابع في الوكيل ﴾

﴿ ويعتبر فيه البلوغ وكمال العقل ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، فلا تصح وكالة الصبي إلاّ فيما عرفت ، والمجنون بعد سلب عبارتهما ، وما عن ابن البرّاج من استثناء الإذن في دخول دار الغير وإيصال الهدية من سلب عبارة الصبي خارج عما نحن فيه من الوكالة ، مع أنّ ذلك مسلم بالقرائن الدالة على صدقه عمن له ذلك ، لا أنّه إنشاء منه ، و حينئذ فتجوز وكالة البالغ العاقل ، ﴿ ولو كان فاسقا أو كافراً أو مرتدا ﴾ للعموم ، والامتناع في بعض الأفراد لأمر آخر لا ينافي صحتها في الجملة .

﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿ لو ارتدّ المسلم لم تبطل الوكالة لـ ﴾ ما عرفت من ﴿ أن الإرتداد لا يمنع الوكالة ابتداء ، فكذا استدامة ﴾ بل هي أولى للأصل ؛ نعم قد تبطل وكالة الكافر من حيث كونها على مسلم ، كما ستعرف ، وهو شيء غير ما نحن فيه من صحة أصل وكالته ، وظاهرهم كما اعترف به في جامع المقاصد والمسالك عدم الفرق بين المرتد الفطري والملي في ذلك ، ودعوى خروج الأول عن القابلية ممنوعة ، والمسلّم منها بالنسبة إلى نفسه .

لكن في حواشي الكتاب للمحقق الثاني على قوله ، «لأن الإرتداد » الى آخره « إلاّ أن تكون الردّة عن فطرة ويكون رجلا ، أو تكون الوكالة على مسلم ، فإن كانت غير فطرة والوكالة على غير مسلم روعي في بقاء الوكالة وعدمه عوده إلى الإسلام وعدمه ، فإن عاد فوكالته باقية ، وكذا سائر تصرفاته » .

وهو كما ترى حتى بالنسبة إلى المراعاة التي ذكرها ، لما عرفت من عدم المانع من كونه وكيلا وهو مرتدّ ، وفي حواشي الشهيد المراعاة في المرتد عن ملّة إذا كان الموكل عليه مسلما ، وفيه أن المتجه حينئذ البطلان ، بناء على بطلان وكالته ابتداء ، فكذا استدامة ، لا المراعاة .

﴿ و ﴾ كيف كان فالضابط في الوكيل هو أن ﴿ كلّ ماله أن يليه بنفسه ﴾ بمعنى جواز أصل الفعل له ، ولو لعدم دليل الحرمة ﴿ وتصح النيابة فيه ، صح أن يكون وكيلا فيه فـ ﴾ تخرج العبادات وما شابهها وإن جاز أن يليها بنفسه إلا أنه لا تصح النيابة فيها و ﴿ تصحّ وكالة المحجور عليه لتبذير أو فلس ﴾ لا لأنهما كما في المسالك ـ يجوز أن يليا لأنفسهما بعض الأفعال ، فتصح وكالتهما فيها بل في غيرها ـ إذ هو كما ترى ، خصوصاً اضرابه ، بل لأن لهما مباشرة ذلك بأنفسهما ، ضرورة معلومية عدم حرمة ذلك عليهما ، وإنماهما ممنوعان من التصرف في مالهما ، لا أن من أحكامهما حرمة ذلك عليهما ،كالمحرم الذي صح تنزيله على الضابط المزبور فقال :

﴿ ولا تصحّ نيابة المحرم فيما ليس للمحرم أن يفعله ،كابتياع الصيدوإمساكه وعقد النكاح ﴾ لما عرفت في الضابط من « كلّ ماله أن يليه بنفسه » إذ هو ضابط للوكيل نفيا وإثباتاً ، ولذا ذكر تفريعاً عليه مادخل وما خرج ، ولا يشكل ذلك في المرتد الفطري بعدم جواز فعله مايوقعه لغيره لنفسه ، إذ قد عرفت أن المدار على حرمة المباشرة الّتي لا دليل عليها في المرتد من حيث ارتداده ، وإنما لم يجز ذلك لعدم الملك والذمّة له شرعاً ، وفرق واضح بين جواز فعل الشيء بنفسه ، و بينه لنفسه ، كما هوواضح .

وأيضاً فالمنع من تولّى الشي يتبع دليله ، فإن كان مفاده المنع من مباشرته بمعنى حرمة أصل الفعل عليه ، بحيث لم يجز فعله له ولغيره وكالة ، و ولاية ، وفضولاً ، كمافي بعض محرمات الإحرام اتّبع ، وإلاّ اقتصر عليه ، فليس مجرد الإمتناع لنفسه يقتضي الإمتناع عن الوكالة فيه عن الغير ، بل لعلّ الإستقراء في كثير من الموارد وعمومات الوكالة كذلك يشهد بخلافه .

وبذلك بان أنّ المدار في الضابط المزبور أمران : أحدهما : كون الفعل ممّا يجوز وقوعه من النائب وليس هو من المحرمات عليه ، والثاني : كون الشيء ممّا

تصح النيابة فيه فتأمّل والله العالم .

﴿و﴾ على كلّ حال فلا خلاف ولا اشكال في أنه ﴿ يجوز أن تتوكّل المرأة في طلاق غيرها ﴾ لزوجها ولغيره ، بلا خلاف فيه بيننا ، بل لعلّ الاجماع بقسميه عليه ، ولعمومات الوكالة ، ﴿ وهل تصح فيطلاق نفسها قيل ﴾ والقائل الشيخ ﴿لا﴾ يجوز لاشتراط المغايرة بين الوكيل والمطلقة ﴿ وفيه تردّد ﴾ بل منع ضرورة اقتضاء عمومات الطلاق الاكتفاء بمثل هذه المغايرة الاعتبارية نحو ما سمعته في غير المقام من نظائره ﴿ و ﴾ كذا ﴿ تصح وكالتها ﴾ عندنا ﴿ في عقد النكاح ﴾ ايجاباً وقبولاً ﴿ لأن عبارتها معتبرةٌ فيه عندنا ﴾ للعمومات خلافاً للشافعي المانع من توكلّها فيه إيجاباً وقبولاً ، كالمحرم وليس بشيء كما ذكرناه في محلّه ، وحينئذٍ فهي مندرجة في الضابط المزبور الّذي هو مفاد العمومات ، ضرورة عدم حرمة شيء من ذلك عليها ، وقابليته للنيابة .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فلا إشكال ولا خلاف في أنه ﴿ يجوز وكالة العبد إذا أذن ﴾ له ﴿ مولاه ﴾ للعمومات ، فهو مندرج في الضابط المزبور ، أمّا مع عدم الاذن فظاهر المتن وغيره عدم الجواز ، لحرمة التصرف في مال الغير ، والانتفاع به بدون إذن مالكه ، من غير فرق في ذلك بين اقتضائهما منع شيء من حقوق السّيد وعدمه .

لكن في المسالك والتذكرة جواز توكيله بغير إذنه في الأشياء القليلة إذا لم يمنع شيئاً من حقوقه .

وفيه : أن المانع إن كان ملكية المولى للمنافع كما هو الظاهر ، فلا فرق بين المنافية لحقّ المولى وغيرها فيالتوقف على الاذن ، وإنكان المانع المنافاة لحق المولى لزمه الجواز في غيرمايناقيها ، سواءكانت قليلة أوكثيرة ، والسيرة في مكالمته ومحادثته إن تمّت فلا يتعدى منها إلى غيرها .

وقد أطنب في المسالك في الجواب عن ذلك بما لا يرجع إلى محصّل ، إذ هو

إمّا دعوى دلالة القرائن على إذن السّيد في ذلك ، وهو خروج عن وظيفة الفقيه ، أو دعوى الإذن شرعاً فيه حتى تعلم الكراهة ، للسيرة المستمرة ، بل وإن علمت ، لانه كالاستظلال بحائط الغير ، و فيهما معا منع واضح .

نعم قد يقال بترتب الصحة على عقده و إن بطلت وكالته ، مع فرض استمرار إذن المالك به بعد عدم سلب عبارته ، بل لعلّه كذلك حتى مع نهي السيد ، فإنّ أقصى ذلك ترتب الإثم لا الفساد .

و كيف كان فالمراد في صحة وكالته بالإذن أن قبوله لا يؤثر إلاّ معها ، بل الظاهر أنّ للسيد أن يقبل عنه فيكون وكيلا و إن لم يرض هو ، سواء كان بجعل أو غيره ، كماله تزويج أمته قهراً ، بل ليس له عزل نفسه عن الوكالة مع نهي السيد، بل ولا مع عدم إذنه كما هو واضح .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ يجوز أن يوكله مولاه في اعتاق نفسه ﴾ كماجاز وكالته في بيعها و شرائها ، و ليس في الادلة ما يقتضي أزيد من المغايرة الاعتبارية بين المعتق و البايع والمشترى ومحل الصيغة كما عرفته سابقا و الله العالم .

﴿و لا يشترط عدالة الولي ولا الوكيل في عقد النكاح ﴾ بلا خلاف فيه بيننا، بل و لا إشكال ، فيجوز للاب و الجد ذلك و إن كانا فاسقين ، كما يجوز الوكالة للفاسق فيه إيجابا وقبولا، للعمومات، خلافا للمحكي عن بعض الشافعية من اشتراط العدالة فيهما ، ولا ريب في ضعفه .

نعم في اعتبار عدالتهما في ولاية المال خلاف على ما في المسالك ، بل حكي فيها عن التذكرة القطع بأن الفاسق لا ولاية له ، حتى لو كان عدلا ففسق انتزع المال منه ، و أنه استشكل في ذلك في القواعد في كتاب الوصايا ، و على كل حال هو بحث آخر غير ما نحن فيه كما هو واضح .

﴿ و لا يتوكل الذمي على ﴾ تحصيل حق من ﴿ المسلم للذمي ، ولا للمسلم على القول المشهور ﴾ بل في التذكرة و التنقيح و عن ظاهر المهذب و المسالك و

غيرهما الإجماع عليه ، و هو إن تم ، الحجة ، لا الآية [1] التى لايخفى عليك ما في دلالتها على ذلك ، خصوصا بعد ورود تفسيرها بأن المراد من السبيل الحجة ، على أن ذلك هو سبيل صاحب الحق الذي فرعه الوكيل .

ولا إشكال في جواز مضاربة الذمي ، وإن باع من مسلم و طالب بالثمن ، و هي متضمنة للوكالة ، اى بعد أن كان الدليل الإجماع ، لا الآية ، و حينئذ فلا معنى للتعدي عن مورد الاجماع أللهم إلاأن يدعى الاولوية الممنوعة . وإن جزم بها في الرياض تبعا للشهيد في المسالك بل قد يقال بجواز الاذن له في ذلك ، و إن لم يكن وكالة فانها هي مورد الاجماع المزبور .

بل قد يقال: بجواز وكالة المسلم له على استيفاء ماله في ذمة المسلم ، بما للمسلم في يده من المال ، لعدم اندراجه في الاجماع الظاهر في غير الفرض ، كما أنه ظاهر في الاختصاص بما إذا تضمن الوكالة نوع قهر وسلطنة للتعبير بلفظ على ، و الاستدلال بالآية .

أمّا غيره كالوكالة في العقد معه أو إعطاؤه دينارا مثلا فالمتجه الجواز ، وفاقا لجماعة من متأخري المتأخرين، لعموم أدلّته ، خلافا للمحكي عن ابن زهرة من المنع عن توكله على تزويج المسلمة من المسلم ، و عن توكيل المسلم على تزويج المشركة من الكافر ، مدّعيا عليه اجماع الامامية، معللا ذلك بأنهما لا يملكان لانفسهما ذلك ، و فيه منع واضح، بل قد عرفت أن الضابط في الوكيل جواز مباشرته بنفسه ،لاجوازه لنفسه والله العالم .

﴿ و هل يتوكل المسلم للذمي على المسلم فيه تردد ﴾ و خلاف ، فعن ظاهر المفيد و الشيخ في النهاية و الديلمي و أبي الصلاح و ابن زهرة المنع ، بل عن الاخير منهم الاجماع عليه، ﴿و الوجه﴾ كما عن عامة المتأخرين ﴿الجواز على كراهية﴾

---

(١) سورة النساء الاية ١٤١ .

للعموم السالم عن معارضة ما يقتضى المنع حتى الآية ، فانه ليس اثبات سبيل للكافر، بناء على كون المراد منه سبيل الوكالة ، لا سبيل التوكيل ، و إلّا لجاز للمسلم أن يوكل الذمي على المسلم ، و قد عرفت أنها إحدى الصورتين المسوغتين .

بل لعلّ مراد الجميع الكراهة ، كما عساه يومي إليه ما عن التذكرة من الاجماع على الجواز لكن على كراهة ، فانه لا يتم إلاّ بحمل عبارات القدماء التي هي بمرأى منه على ذلك .

و ربما يرشد إليه ايضا ما في محكي المختلف « و يكره أن يتوكل مسلم لكافر على مسلم ، و لم يكره ذلك أحد من الفقهاء ، دليلنا اجماع الفرقة ، و لأنه لادليل على جوازه » فانه و إن أشعرت عبارته الأخيرة بارادة الحرمة من الكراهة في أولها، لكن يمكن العكس، بل لعله أولى، فيراد الجواز الخالي منها، خصوصا بعد ملاحظة ما عن مبسوطه « يكره أن يتوكل مسلم لكافر علي مسلم ، و ليس بمفسد للوكالة » و بعد معلومية دليل أصل الجواز من العمومات وغيرها ، ودعوى أنه من السبيل المنفي أيضا واضحة المنع .

و على كل حال فما عرفت ، حكم الصور الثلاثة ، أما باقي الصور الثمانية المتصورة في المقام لأن الموكل إمّا مسلم أو ذمي ، و الوكيل كذلك ، و الموكل عليه كذلك ، فلا إشكال في جوازها بلا كراهة ، و إلى بعضها أشار المصنف بقوله ﴿ و يجوز أن يتوكل الذمي على الذمي ﴾ و الله العالم .

﴿و يقتصر الوكيل في التصرف على ما ﴾ استفاد من عقد الوكالة انه ﴿ أذن له فيه ﴾ صريحا أو ظاهرا و لو بمعونة القرائن الحالية أو المقالية أ ﴿ و ما تشهد العادة ب﴾ إرادة ﴿ الاذن فيه ﴾ من حيث تعلق الوكالة علي وجه يكون وكيلا فيه، أما لوشهدت بأنه لو علم ذلك لرضي و إلا فهو حال عقد الوكالة خال عن تصورذلك ، فهو من التصرف بالفحوى ، و إن كان سببها مورد الوكالة . لا الوكالة المعتبر فيها قصد الا نشاء ، وبذلك افترقت عن الاحكام التي لم يعتبر فيها تعلق قصد الانشاء العقدية

كما هو واضح .

اللهم إلا ان يكون قصد تعلق انشائها بما يدل عليه متعلقها بأي دلالة تكون، و فرض الدلالة ، فيتحقق الوكالة حينئذ ، ولابد من ملاحظة ذلك في الامثلة الآتيه .

﴿ فلو أمره ببيع السلعة بدينار ﴾ مثلا ﴿ نسيئة فباعها بدينارين نقدا صح ، وكذا لو باعها بدينار نقداً إلاأن يكون هناك غرض صحيح يتعلق بالتأجيل﴾ كالخوف على الثمن مع الحلول و نحوه ، فانه حينئذ لا يجوز التعدي و إذا وقع كان فضولا ، بل لعل المتجه مافي المسالك وغيرها من عدم جواز التعدي مع احتمال الغرض الصحيح احتمالا معتداً به .

و كذا الكلام في الشراء نسيئة ، بمثل ما أمره به نقدا ، فلا يجوز التعدي حينئذ الا مع تحقق عدم الغرض ، و أمّا الثمن المعين فيمكن كون الاقتصار عليه ارفاقاً بالمشتري إن كان معينا فلا يجوز بيعه بأزيد ، و لولم يكن معينا ففي المسالك جاز البيع بالاكثر مع عدم العلم بالغرض ، وعدم التصريح بالنهي عن الزايد ،لندور الغرض في الفرض المذكور ، و أغلبية إرادة الأزيد ، مع إمكان أن يريد الارفاق المطلق ، أو عدم الاشظاظ في البيع ، أو سهولة المعاملة ، فانه مندوب إليه شرعاً ، أو عدم زيادة الربح عن مقدارمعين لغرض شرعي ، أو غير ذلك ، لأن هذه الأمور نادرة في المطلق ، فلا يلتفت اليها مع الاشتباه .

قلت : لاريب في عدم جواز التعدي مع فرض الاشتباه كما جزم به في جامع المقاصد ، و بأنه لامدخلية لكون الغرض أكثريافي أحدهما دون الآخر .

نعم لا بأس به مع فرض عدم الاعتداد بالاحتمال على وجه لا ينافي الطمأنينة عادة بارادة المثالية كما هو واضح .

﴿أما لو امره ببيعه حالا فباعه مؤجلالم يصح﴾ و لم يمض ﴿ و لو كان بأكثر مما عين ، لان الاغراض تتعلق بالتعجيل ﴾ إلا ان يفهم عدم تحمل الحلول ، ﴿ و لو امره ببيعه في سوق مخصوص فباع في غيره بالثمن الذي عين له ، او مع الاطلاق بثمن

المثل صح ، اذالغرض تحصيل الثمن ﴾ فيكون ذكر السوق المخصوص حينئذ مثالا لغيره ، و لو فرض احتمال الغرض له في ذلك احتمالا معتدا به لم يجز التعدي عن عن مفاد اللفظ ، و من هنا حكي عن التذكرة اعتبار العلم بعدم الغرض في جواز التعدي .

بل قديحتمل عدم جوازه وإن علم عدم الغرض إلا انه لم يحضر في بال الموكّل إلاّ خصوصية السوق المزبور ، بمعنى انه لم يفهم منه ارادة المثالية ، إذ عدم الغرض اعم من ذلك ، و من ذلك يعرف ما في المسالك هنا من الاكتفاء بعدم العلم بالغرض ، خصوصاً بعد اعتبار العلم بعدم الغرض في السابق مع عدم الفرق بين المقامين.

و كذا ما فيها ايضاً من انه لو علم عدم الغرض صح البيع قطعاً لكن لا يجوز نقل المبيع اليه ، فلوفعله كان ضامنا ، و انما الفائدة صحة المعاملة لا غير ، ضرورةان الحكم فيه مثل البيع مع فرض القطع بعدم الغرض في كونه في السوق المخصوص و بارادة المثالية من ذكره فأي فرق بين البيع و بين نقل المبيع كما هو واضح .

فما في الرياض ـ من ان التجاوز بالثمن للاولوية لا تقتضي الاذن في نقل العين الى مكان آخر ، فيده حينئذ عادية ، مثل البيع الزائدعلى المسمّى الذي هو اولى ـ في غير محلّه ، بل هو غير مفروض المسألة الذي هو ما علم بارادة المثالية من السوق فيه فتأمل، هذاكله فيما عرفت .

﴿اما لو قال : بعه من فلان فباعه من غيره لم يصح و لو تضاعف الثمن ، لان الاغراض في الغرماء تتفاوت ﴾ بتفاوت الاشخاص ، فلا يجوز التخطي حينئذ مع الاطلاق قطعاً سواء علم الغرض او جهل الحال ، بل في المسالك ام علم انتفاء الغرض على ما يظهر من اطلاقهم و قوفا مع الاذن ، لكن فيه انه مناف لكلامهم وللواقع ، مع فرض القطع بارادة المثالية اذ لا تفاوت في ذلك بين تعيين الثمن و الزمان والمكان و المشتري في كونه المدار .

نعم هومؤيدلماذكرناه سابقا من ان العلم بعدم الغرض لا يقتضي ارادةالمثالية،

بل يمكن أن يكون لعدم خطور غير تلك الخصوصية في ذهن الموكّل حال انشاء عقد الوكالة ، و حينئذ يتجه الاقتصار على ذلك لعدم اقتضاء عقد الوكالة غيره ، إلاّ أن هذا لا يخص المقام كما هو واضح .

﴿و كذا﴾ لا يجوز التخطي فيما ﴿لو أمره بأن يشتري بعين المال﴾ بعبارة صريحة أو ظاهرة ، كاشتر بهذا المال لاقتضاء الباء المقابلة إن لم يكن عرف يصرف عن ذلك ﴿ فاشترى في الذمة أو﴾ أمره بالشراء ﴿ في الذمة ﴾ على الوجه المزبور ﴿ فاشترى بالعين ﴾ بل يكون فضولا ﴿لأنه تصرف لم يؤذن فيه ، و هو مما تتفاوت فيه المقاصد﴾ باعتبار خلوص المال من الشبهة ، وعدم ارادة بذل غيره لو تلف وبالعكس في الشراء بالذمة .

لكن لا يخفى عليك جريان كثير مما ذكرنا فيه أيضاً ، ضروره عدم الفرق في هذه الامثلة ، بل ولا في غيرها في ذلك ، و لذا لا ينبغي الاطناب في الاكثار منها و الله العالم .

﴿ و إذا ابتاع الوكيل ، وقع الشراء عن الموكل ﴾ الذي قصد نائبه الشراء له ﴿ ولا يدخل في ملك الوكيل ﴾ عندنا خصوصا إذا كان الشراء بعين مال الموكل لعدم القصد و لعدم ملكه العوض و ﴿لأنه لو دخل في ملكه لزم أن ينعتق عليه أبوه و ولده لو اشتراهما ، كما ينعتق أبو الموكّل وولده﴾ .

و دعوى أنه في الزمن الثاني يدخل في ملك الموكّل يدفعها عدم أولوية ذلك من العتق المبني على التغليب خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة من الانتقال إلى الوكيل أولا ثم إلى الموكّل لأن حقوق العقد تتعلق به في الشراء بأكثر من ثمن المثل، و لم يذكر الموكّل لفظا و نحوه ، ولأن الخطاب إنما جرى معه ، و فيه منع تعلق الاحكام به في نفس الأمر، و إنما تعلقت في المثال ظاهراً، لعدم العلم بقصده ، والخطاب إنما وقع على سبيل النيابة مع أنه كشراء الأب والوصي الذي وافق فيه على الانتقال منه إلى المولى عليه ، وغير ذلك مما هو واضح .

﴿و لو وكّل مسلم ذميّاً﴾ مثلا ﴿فى ابتياع خمر لم يصح﴾ لعدم جواز شراء الخمر في نفسه للموكل، فلا تقع النيابة فيه كالمحرم الذي لايجوز له توكيل المحل في نكاحه، ضرورة أنه كما يعتبر في الوكيل جواز ايقاعه الفعل الموكل فيه في صحة كونه وكيلا، كذا يعتبر جوازه للموكل فيه أما إذا كان أصل الفعل وطبيعته محرّمة عليه فلايصح التوكيل فيه أيضا كما هو واضح.

﴿و كل موضع يبطل﴾ فيه ﴿الشراء للموكل﴾ للمخالفة او لغيرها ﴿فإن كان سماه عند العقد﴾ لفظا ونية ﴿لم يقع عن أحدهما﴾ أما عن الوكيل فلأن المفروض قصد غيره، و أما عن الموكّل فلفرض مخالفته، فلم يكن وكيلا عنه.

نعم يكون العقد حينئذ فضولاً ﴿و إن لم يكن سماه قضى به على الوكيل في الظاهر﴾ المقتضى مباشرة الشراء له باعتبار كون الخطاب معه، و أمّا في نفس الامر فمع عدم إجازة الموكل تخلّص بتجديد العقد مع البائع، فإن لم يتمكن أخذ المبيع مقاصة، فلو فرض زيادته توصل لايصال الزايد للبايع.

و كذا لوكان الشراء بعين مال الموكّل الذي لم يذكر في اللفظ ولا بيّنة على ذلك، وحلف البايع على نفي العلم، فإنه يثبت به البيع ظاهراً ويغرم الوكيل للموكل مع تعذر ردّ العين، و لو ببذل أضعاف قيمتها لمخالفته و تفريطه في دفع عينه، ثمّ يأخذ هو المبيع مقاصة، أو يدفعه للموكّل من أوّل الأمر في وجه قويّ، و يغرم له مازاد عليه إن كان، و إن فرض زيادته توصل إلى ايصاله إليه، و لو ذكر الموكل لفظا و قصد نفسه وقف على اجازة الموكّل ظاهراً، لكن يكون الشراء في الباطن للوكيل إن لم يكن الشراء بعين مال الموكل، و إلا كانت نيته لغوا و بنى الحكم على الظاهر.

بل في المسالك الحكم بذلك في الأول أيضا اذا كان للبايع غرض في تخصيص الموكل، وفيه تأمل بناءً على عدم اعتبار تعيين المشتري في البيع الذي لم يرد من البايع فيه إلا قصد النقل عنه، وأما القابل فان قصد غيره كان له، أو فضولاً وإلا وقع البيع

له إذا لم يقع العقد بالعين التي هى لغير القابل .

و حينئذ فلا عبرة بقصد البايع كون المشترى شخصا خاصا ، و بذلك افترق النكاح عن البيع و نحوه ، باعتبار تعيين من له النكاح فيه في العقد ، بخلاف البيع ، وبه أيضا حكم بصحة البيع حال جهل البايع بكون المشتري قصد الشراء لغيره فباعه بزعم أن المبيع له ، ثم بان أنه قصده لموكله ، أو لمن هو ولي عنه .

أللهم إلا أن يقال : ان القصد وان لم يكن معتبراً في الصحة ، لكن مع فرض تشخصه من البايع بالعقد يجب مطابقة قصد المشتري معه ، و الا وقع العقد باطلا للاختلاف ، و الحكم بالصحة فيما تقدم ممنوع مع فرض التشخص المزبور .

نعم لا بأس بتخيله ذلك مقارنا للعقد من دون تشخيص القصد به ، و مع الشك يحكم بعدم التشخيص أيضاً ، لاصالة الصحة ، و حينئذ يتم ما ذكره ، الا أنه ينبغي جعل المدار ما ذكرنا ، لا خصوص تعلق الغرض بالموكل ، ضرورة عدم توقف التشخيص المزبور على الغرض ، بل يمكن اتفاقه و ان لم يكن له غرض بذلك كما هو واضح بأدنى تامل .

﴿و كذا﴾ الكلام فيما ﴿لو أنكر الموكل الوكالة﴾ و حلف على ذلك أي يبطل كون الشراء له ، ﴿لكن ان كان الوكيل مبطلا﴾ و لم يذكر الموكل لفظا ولا نية و كان الشراء بالذمة ﴿فالملك له﴾ أي الوكيل ﴿ظاهراً او باطنا و ان كان محقا﴾ و نواه ﴿كان الشراء للموكل باطنا﴾ و للوكيل ظاهراً ، و تفصيل الحال أنه ان كان الشراء بالعين التي هي للموكل مصرحاً بذلك عند العقد ، أو كان بينة تشهد على أن العين له ، أو كان البايع معترفاً بذلك كان العقد فضولا ظاهرا ، و للموكل باطناً مع فرض صدقه كذلك .

و حينئذ فان رجع المالك في العين وأخذها من البايع رجع اليه مبيعه مقاصة ، مع فرض تصديقه بكونه وكيلا ، و ان رجع بقيمة العين أو مثلها على الوكيل ، لتعذر أخذها من البايع أخذ الوكيل المبيع قصاصا ، و توصل الى رد ما فضل منه

عن حقه ان كان هناك فضل ، و ان تلفت تخيّر في الرّجوع ، فان رجع على البايع ، رجع على الوكيل بالمبيع مع فرض وجوده أو تلفه بتفريط .

اما لو كان قد تلف منه بلا تفريط فلا رجوع له ، ضرورة ظلم الموكل له بزعمه كما انه لو رجع على الوكيل لم يرجع على البايع بشيء ، و لو لم يعلم البايع بالحال ولا بيّنه ؛ و لم يذكر في العقد لم يجب عليه الدّفع ؛ بل يحلف على نفي العلم ان ادّعى عليه ؛ ثمّ يغرم الوكيل ؛ و يأخذ العين ؛ اي المبيع قصاصاً على الوجه المزبور .

وإن كان الوكيل كاذبا في نفس الأمر بطل الشراء ، سواء نوى المالك أو نفسه، أولم ينو وجاء فيه التفصيل السابق بين علم البايع بذلك وعدمه .

وفي المسالك «إن كانت العين قد تلفت عند البايع وجب على الوكيل ردّ العين اليه ، وإن كانت باقية عنده فخلاص الوكيل أن يصالح الموكل عليها بما دفعه من المثل أو القيمة ثم يصالح البايع على العين إن أمكن» .

وفيه أن مقتضاه عدم ضمان الثمن على البايع مطلقاً وإلا كان المتجه الخلاص المزبور على التقديرين، ولو على قيمة الثمن أو مثله، وليس ما نحن فيه كالثمن المدفوع عن المغصوب من العالم بغصبه الذي حكي الاجماع على عدم الرجوع به مع التلف بخلاف البقاء ، ولولاه لكان الضمان فيه متجها ، لفساد المعاملة وكون اليد يد ضمان، والتسليط انما كان بعنوانها لا مجانا ، كما هو واضح .

هذا كلّه في الشراء بالعين وأمّا إذا كان في الذمة وذكر الموكل لفظا أو نية وقع له باطنا إن كان محقاً وبطل ظاهراً فيأخذ المبيع عنه حينئذ قصاصاً أو على الوجه الاتي ، وان لم يذكره لفظاً ولا نية فالشراء للوكيل ظاهراً وباطنا ، وإن كان مبطلا وذكر الموكل لفظا أو نية بطل البيع مطلقا ، وإن ذكره لفظا ونوى نفسه صح له باطنا وبطل ظاهرا ، وان نواه خاصة فالسلعة للبايع باطناً مطلقاً . وفي المسالك « فيشتريها منه بالثمن ان كان باقيا وإلا دفعها اليه ، ولا شيء عليه » وفيه النظر السابق .

﴿و﴾ كيف كان فلو أراد الحل واقعا في صورة صدق دعواه في الوكالة التي اشترى بهافي الذمّة فـ﴿طريق التخلص أن يقول الموكل إن كان لي فقدبعته من الوكيل﴾ بمقدار الثمن ﴿فيصح البيع ، ولايكون هذا تعليقاً للبيع على الشرط﴾ ضرورة أنه معلق عليه في الواقع ، ولم يثبت اعتبار عدم هذه الصورة في التسبيب المزبور بل مقتضى اطلاق الأدلة خلافه .

وحينئذ يصح البيع ، ولايكون اقراراً منه بالوكالة ﴿ ويتقاصان ﴾ حينئذ قهرا ضرورة أنه يكون للموكل بسبب البيع المزبور في ذمة الوكيل مقدار ماله في ذمة الموكل ، وهو الثمن الذي أداه للبايع عنه بالوكالة المفروض صحتها واقعا ، وان لم يكن قدأدّى عنه أذن له في التأدية ، وكذا لوكان المبيع في نفس الأمر للبايع فطريق تخلصه أن يقول له بعتكها إن كان هولي بالثمن المزبور .

﴿ و﴾ على كل حال فـ ﴿ ان امتنع الموكل من البيع ﴾ المزبور لم يجبر عليه لعدم وجوبه عليه كمالم يجب على الوكيل شراؤه من الحاكم ، وإن صح ذلك بأن يقول له إن كان للموكل فقد بعتك إياه بمقدار ما اداه من الثمن إذا فرض أنّه قيمته ، والاّ باعه بعضه وبقي البعض الاخر يدسّه الوكيل فيمال الموكل كما انّه لو فرض نقصانه اشتراه منه بقيمته ويترقب مالاآخر للموكل يقاصه بمابقي له ضرورة أنه كان الأمر كما ذكره الوكيل فالحاكم ولي الممتنع والا كان العقد لغوا لكن لايجب على الوكيل مراعاة ذلك ، وإن كان هوأولى بل ولامراعاة الطريق الاول من التخلص .

بل ﴿ جاز ﴾ له ﴿ أن يستوفي عوض ما أداه الى البايع عن موكله من هذه السلعة ، ويرد مايفضل عليه ﴾ولو بالدس في ماله ﴿ أويرجع بمايفضل له ﴾ فيترقب له مالايتمكن من المقاصة منه به بمجرد انكار الوكالة لاطلاق أدلة المقاصة من قوله تعالى (١) «من اعتدى» وقوله تعالى (٢) «والحرمات قصاص» وغير ذلك والله العالم .

---

(١)و(٢) سورة البقرة الاية ١٩٤ .

﴿ولو وكل اثنين﴾ مثلا ﴿فإن شرط الاجتماع﴾ من كل منهما ﴿لم يجز لأحدهما أن ينفرد بشيء من التصرف﴾ وان كان في الخصومة ، وإن شرطه لأحدهما لم يجز له خاصة الانفراد بلاخلاف ولااشكال لافي الموضوع ولافي الحكم سواء جعل الوكيل هما أو ذكر ذلك قيدا في وكالة كل منهما ضرورة عدم اعتبار الاتحاد في الوكالة كضرورة عدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه .

بل ﴿وكذا لو اطلق﴾ الوكالة لهما بأن قال وكلتكما أو انتما وكيلاي أو نحو ذلك مما هو ظاهر في ارادة وكالتهما من حيث الاجتماع ، بل لايبعد الاكتفاء في ذلك بعدم ظهور ارادة الانفراد ، لوجوب الاقتصار على المتيقن بعد ان لم يكن ظهور في الانفراد.

و في دعائم الاسلام [1] عن أبي جعفر محمد بن علي عليهما السلام متصلا بما سمعته عنه في مسألة اطلاق الوكالة : « و ان أمر رجلين أن يبيعا له عبدا فباعه أحدهما لم يجز بيعه إلا أن يجعل البيع لكل واحد منهما على الانفرد اولهما معاً إذا اجتمعا » .

نعم لو وكّل أحدهما ثم وكّل الآخر فالظاهر استقلال كل منهما ، وليس وكالة الثاني عزلا للأول ، كما أن وكالتهما لا يعتبر فيها الاجتماع ، و إن ذكر بعض ذلك في الوصيين على الوجه المزبور إلاّ أن الأقوى خلافه إلا بالقرينة ، ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لو مات أحدهما بطلت الوكالة﴾ مع اشتراط الاجتماع ، لانتفاء المركب بانتفاء أحد جزأيه ، و الا بطلت وكالة الضميمة بموت الآخر دون العكس لما عرفت أيضاً .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿ليس للحاكم أن يضم إليه أميناً﴾ لعدم ولايته على الموكّل الذي قد انتفى موضوع وكالته بالموت وفي المسالك « نبّه المصنف بذلك على الفرق بين الوصي والوكيل ، حيث أنّ موت أحد الوصيين على الاجتماع يجوز للحاكم الضم ، و الفرق أنه لا ولاية للحاكم هنا على الموكل بخلاف الوصي ، لأن النظر في حق الميت و اليتيم إليه ، و إذا تعذر أحد الوصيين صار الآخر بالنسبة إلى

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥١٠

التصرف بمنزلة عدم الوصي، اذ لم يرض برأيه منفردا فتداركه الحاكم بنصب شريك».

قلت: ما ذكره و إن كان مختار جماعة، لكن قد يقال: إن المتجه بناء على ما ذكره انتفاء الوصي حينئذ، لما عرفت من قاعدة انتفاء المركب بانتفاء أحد جزأيه فينتقل الأمر إلى الحاكم، كما لو ماتا معاً، لا أنه يضم مع الموجود شخص آخر لبقاء حق الوصاية له، واحتمال ارادة تقييد ذلك بما إذاكان حيا يقتضي استقلال الباقي بالوصاية، كما عن الاكثر، ولامدخلية للحاكم لعدم الولاية له على من كان له وصي. كما أوضحنا ذلك في كتاب الوصية.

اللهم إلا أن يقال إنّ الحاكم يقوم مقام الميت الذي هو شريك لعجزه بالموت عن أداء ما تكلف به إلاّ أنه كما ترى، ضرورة اقتضاء الموت بطلان هذه الولايات لا أنه باقية معه حتى يقوم الحاكم، لعدم الدليل على ثبوتها بعده، بل ظاهر أدلتها اختصاصها في حال الحياة فالتمسك بالاستصحاب حينئذ في غير محله، بعدفرض ظهور الدليل في اعتبار الحياة، و إن أمكن منعه لولا ظهور اتفاق الأصحاب على ذلك، هذا. و المراد باجتماعهما على العقد صدوره عن رأيهما و أمرهما معاً لا إيقاع كلّ منهما الصيغة.

و في المسالك «و إن كان ذلك جائزا أيضا قال: فلو وكل أحدهما في ايقاع الصيغة أو وكلا ثالثا صح إن اقتضت وكالتهما جواز التوكيل، و إلا تعين عليهما ايقاع الصيغة مباشرة، فيوقعها كل واحد مرّة، و يمكن أن يكون هذامن مواضع جواز توكيل الوكيل ولو أحدهما للآخر، لدلالة القرائن على أنه لايريد مباشرة الصيغة مرّتين غالباً».

و فيه أنه لا داعي إلى التوكيل بعد تفسير الاجتماع بما عرفت، ضرورة صدور التصرف منهما بايقاع الواحد باطلاع الآخر و إذنه في ذلك كما هو واضح، ولو فرض اشتراط الاجتماع في نفس الصيغة كان المتجه صدور الايجاب منهما دفعة أو القبول

وأما قراءة الصيغة تامة من كل واحد منهما مرّة مستقلة فقد يشكل بالشك في تناول الأدلة لمثل هذا البيع خصوصاً بعد الفصل بينهما بمدّة بل قد ينافيه ظاهر الأدلة على نحو ما سمعته في امتناع التعليق المنافي لظاهر دليل السببية و يمكن حمل كلامه على الأول هذا كلّه في الوكالة بقيد الاجتماع .

﴿ أما لو شرط الانفراد ، جاز لكل منهما أن يتصرف غير مستصحب رأي صاحبه ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، بل وجب عليه مع ارادة العزيمة من الشرط ، لا الرخصة ، كما ذكروا نظيره في الوصية وكذا الحال فيما لو كان ظاهر التوكيل ذلك، و إن لم يصرح باشتراط الانفراد والله العالم .

ويجوز وكالة الواحد عن اثنين أيضا ، ولو في الخصومة بينهما مع عدم التضاد في القيام بمصلحة كل منهما ، كما يجوز عن المتعاقدين و عن أحدهما مع نفسه ، حتى في استيفاء القصاص من نفسه والحدّ والدين ، لاطلاق الأدلّة وعمومها .

﴿ولو وكل زوجته﴾ أوعبده ﴿ أو عبد غيره ، ثم طلق الزوجة ، وأعتق العبد لم تبطل الوكالة ﴾ للأصل بل في جامع المقاصد و محكي التذكرة وظاهر المسالك عدم بطلانها بالبيع أيضاً ، وإن توقف فعله حينئذ على إذن المشتري إن كان غيره ، كما لو وكّله ابتداء ، وعدم جواز التصرف بدون الإذن لايقتضي بطلان التوكيل .

ولكن قد يناقش بعدم ما يدلّ على صحة مثل هذا العقد الذي لا إشكال في توقفه على الإذن المعتبر في الاستدامة ، كالابتداء ضرورة اتحاد مدرك اعتبارها ، وفرق واضح بين وقوع العقد على عبد الغير ابتداء فانه من الفضولي حينئذ وبين محلّ الفرض الذي قد وقع فيه العقد صحيحا للمالك فلا يتصور انقلابه فضولا .

وليس هو كاجارة الموقوف عليه إذا مات في أثنائها و انتقل الوقف إلى الطبقة الثانية التي تكفي في بقاء صحة العقد إجازتهم ، باعتبار كونهم متلقّين من الواقف ، والعقد من أوّله في الواقع على الفضوليّة ، بخلاف ما نحن فيه وحينئذ فما قيل ــ من أنه لولم يستأذن المشترى نفذ تصرفه وإن ترك واجبا ــ لايخلومن اشكال ، لعدم ثبوت

النيابة الشرعية .

نعم يقع العقد منه فضولا أوصحيحاً بالاذن مع فرض استمرارها ، ولافرق فيما ذكرنا بين أن يوكل عبده ثم يبيعه أو عبد غيره ثم يبيعه بل أو يشتريه هو ، ومنه يعلم ما في القواعد من النظر فلاحظ . هذا كله في الوكالة التي هي عقد على حسب ما عرفت .

﴿ أما لو أذن لعبده في التصرف بماله ﴾ على وجه الاستخدام به ﴿ ثم أعتقه بطل الإذن لأنه ﴾ على الوجه المزبور ﴿ ليس على حد الوكالة ، بل هو إذن تابع لـ ﴾ لاستخدام با ﴿ لملك ﴾ بخلاف عقد الوكالة الظاهر في الاستقلال إلا مع القرينة ، وكذا في الزوجة المأذونة على حسب استخدام الرجال بأزواجهم فطلقها .

نعم لوفرض حصول الإذن لهما المساوقة للوكالة ، أمكن حينئذ القول ببقائها ، كالوكالة ما لم تكن قرينة على التقييد ، فإنها تتبع حتى في الوكالة أيضاً ، وقد أطنب في جامع المقاصد في وجه الفرق بين الإذن والوكالة في الفرض .

لكن ناقشه في المسالك « بأن الوكالة لاتنحصر في لفظ ، بل تصح بكل ما دل على الإذن في التصرف ، وحينئذ فيشكل الفرق بينهما ببطلان الإذن دونها ، أللهم إلا أن يستفاد ذلك من القرائن الخارجة الدالة على أن مراده من الإذن مادام في رقه ، و مراده في الوكالة أنه مأذون مطلقا و حينئذ فلا فرق بين كون الإذن بصيغة الوكالة و غيرها مع احتماله فتزول مع الإذن المجرد لامع التوكيل بلفظها ، حملا لكل معنى على لفظه ، ويضعف بما مر من أن الوكالة ليست أمرا مغائرا للإذن ، بل تتأدى بكل ما دل عليه ، ولا فرق بين الصيغتين » .

قلت : فرق واضح بين الإذن و الوكالة ، ضرورة اعتبار إنشاء معنى العقدية الذي هو الربط بين الايجاب و القبول في الثاني دون الأول ، ولذا لم تبطل الوكالة بعد تحققها إلا بالعزل ، ونحوه مما تقدم سابقا باعتبار تحقق أثر العقد المستصحب بقاؤه ، بخلاف الإذن التي يكفي في عدم ترتب أثرها الشك في حصولها ، ولو بسبب

طرو حال مغائر لحال ابتدائها ، بل قد يقال : بكفاية احتمال تغير الداعي في ذلك ، بخلاف الوكالة والله العالم .

﴿وإذا وكّل انسانا في الحكومة لم يكن﴾ ذلك منه ﴿إذنا في قبض الحق﴾ ما لم تكن ثم قرائن ﴿ اذ قديوكل من لا يستأمن على المال ﴾ فلا يجوز له حينئذ ذلك ، ولايبرء من عليه الحق بتسليمه .

﴿ وكذا لو وكّله في قبض المال ، فأنكر الغريم ، لم يكن ذلك إذنا في محاكمته ، لأنه قد لا يرتضى للخصومة ﴾ لقصوره عنها ، بل وإن كان أهلا لها لأنه تعدّ عن الموكل فيه ، كما أنه لو كان أهلا للإستيمان في الأول لم يكن القبض له لانه تعدّ كما هو واضح وكانه عرض بذلك إلى اختلاف الشافعية بينهم والله العالم .

﴿ فرع ﴾

﴿ لو قال : وكّلتك في قبض حقي من فلان فمات ، لم يكن له مطالبة الورثة﴾ لعدم اندراجه في عبارة الوكالة ﴿ أما لو قال : وكّلتك في قبض حقي الذي على فلان كان له ذلك ﴾ لعدم تعيين المقبوض منه فيدخل الوارث بل المتبرع بخلاف الأول الذي قد ذكر فيه المقبوض منه بلفظ « من » المقتضية لحصول ابتداء القبض منه .

بل قد يشك في وكيله ، فإنه وإن كان يده يده شرعا وجزم به في المسالك وغيرها إلا أن ذلك لا يقتضي دخوله في عبارة الموكل ، وحملها على ارادة ما هو الأعم منهما ليس بأولى من حملها على إرادة الأعم من ذلك ومن المتبرع والوارث ، وخصوصاً إذا كان هو الوصي على وفاء الدين ، فإنه قبض منه شرعاً حينئذ باعتبار قيامهم مقامه في ذلك ، ولكن لايخفى عليك أن المدار الفهم العرفي فتأمل جيدا .

﴿ ولو وكله في بيع فاسد ﴾ مثلا للتأجيل بأجل غير معلوم ونحوه أو ابتياع كذلك ﴿ لم يملك ﴾ الوكالة في ﴿ الصحيح ﴾ سواء كانا عالمين أو جاهلين أو

متفرقين ، لعدم اندراجه فيه إلا مع القرينة عرفا علي ارادة الوكالة علي أجل معين منطبق على ذلك تقريبا .

وعلى كل حال فهو غير وكيل ،لاعلى الفاسد الممنوع شرعا ، ولا على الصحيح المفروض عدم اندراجه في عبارة الموكّل ، فلو باع بها أو اشترى ودفع المبيع أو الثمن فهو فضولي ، ويضمن ما دفعه مع عدم الاجازة ، وقاعدة « مالا يضمن » قد عرفت عدم الدليل عليها بحيث يشمل المقام ، ونحوه من الوكالة على مغصوب وشبهه ، أو أن ما نحن فيه ليس من مقتضاها ، ضرورة استناد الضمان فيها إلى دفعه الذي هو بلا إذن ، والمسلم منها عدم ضمان نفس العين إذا كانت بفساد الوكالة أمانة شرعية في يده لا مطلقا ، بناء على عدم الضمان فيها إذا كانت أمانة من المالك باذن خارجة عن اذن العقد المقتضى لكونها أمانة ، أوغير ذلك ، لا لكونه مضمونة منه كما هوواضح بأدنى تأمل والله العالم .

﴿ وكذا لووكّله في ابتياع معيب ﴾ لايجوز له التخطي إلى شراء الصحيح لتفاوت الاغراض إلا مع قرينة حال أو مقال تقتضي التعدي .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو كان لانسان على غيره دين فوكله أن يبتاع له به متاعاً جاز ﴾ بلاخلاف ولا إشكال ﴿ و ﴾ لكن لا ﴿ يبرأ ﴾ إلا ﴿ بالتسليم إلى البايع ﴾ ضرورة عدم تشخص الدين إلا بقبض من هوله ، أو من يقوم مقامه ، و الفرض عدم وكالة من عليه في تشخيصه ، إذ لم يأمره إلا بالشراء به المقتضي للتسليم إلى البايع .

فحينئذ إذافرض وقوع الشراء بمثل ما في ذمته قدرا و جنسا مثلا وأراد دفع ذلك إلى البايع وفاءً عما في ذمته لم يبرء مما للمالك في ذمّته إلا بتسليم البايع ، فإنّ ما عيّنه وفاءً قبل قبضه لم يتعين به مال المالك ، بل هو باق على ملكه ، ولو كان الابتياع وقع بماله في ذمته على وجه صار ثمنا فلاريب في ملكية البايع حينئذ ، ومايعينه قبل قبضه له لايكون تعيينا ، إلا أن المراد بالبراءة حينئذ الخلاص من عهدة تسليم الثمن إلى بايعه .

وأما لو عيّن مقداره وأوقع الشراء به فمقتضى الضوابط الشرعية انتقال المبيع إلى من عليه الدين ، ضرورة كون ماعينه باقيا على ملكه ، فينبغي أن يكون المبيع له ، لا لمن له الدين .

إلا أنه احتمل - في جامع المقاصد كما تقدم سابقا وتبعه في المسالك هنا - الاكتفاء بمثل هذا الاقرار في صحة البيع لمن له الدين ، وإن لم يحصل تمام الوفاء إلا بتسليم البايع ، للاكتفاء في الأول بنحو هذا المقدار من الملكية ، بخلاف الثاني وحاصله أنه بالاقرار المزبور يملكه من له الدين ملكا متزلزلا ، ويتبعه التزلزل في براءة الذمة إلى أن يتسلم البايع ذلك منه ، فتستقر البراءة حينئذ من هذه الجهة .

الا أن ذلك مناف للضوابط الشرعيّة ، ضرورة عدم حصول الملك ولو متزلزلا لمن له الدين بعد أن لم يكن وكيلا فيه ، ودعوى استفادة ذلك من عبارة الوكالة المزبورة ممنوعة ، ولو سلّم فالمتجه حصول تمام البراءة باقراره و تشخيصه ، لأن الفرض كونه وكيلا في ذلك ، والتسليم الى البايع أمر آخر ، قد وكّل فيه أيضا ، فلايقتضي عدم حصول الوفاء تماماً الا بالتسليم ، كما هو واضح بأدنى تأمل والله العالم .

الفصل ﴿ الخامس فيما به تثبت الوكالة ﴾

على وجه تجري عليه جميع أحكامها ﴿ و ﴾ لاخلاف كما لا اشكال في أنه ﴿ لا يحكم بـ ﴾ ثبوت ﴿ الوكالة بدعوى الوكيل ﴾ وان جاز الأخذ مما في يده مع عدم المعارض ﴿ ولا بموافقة الغريم ﴾ وان الزم باقراره ، الا أنه ليس اثباتا شرعيا يمضى على الموكّل لو أنكر ﴿ مالم يقم بذلك بيّنة ، وهي شاهدان ﴾ جامعان للشرائط ، وكذا بالاستفاضة التي لا تفيد العلم ، بل في الكفاية الاشكال فيها معه ، وان كان في غير محلّه ، ضرورة أنه ما وراء العلم من شيء .

وما أبعد ما بين ذلك وبين احتمال الثبوت بها ، و ان لم تفد العلم ، لدعوى عدم

الفرق بينها ، وبين ما صرّحوا بثبوته بها ، كالهلال ونحوه، وان كان هو أيضاً كما ترى بعد حرمة القياس ، وبعد فرض ثبوت المقيس عليه بها وان لم تفد العلم .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ لا تثبت ﴾ أيضاً ﴿ بشهادة النساء ، ولا بشاهد واحد وامرأتين ، ولا بشاهد ويمين ، على قول مشهور ﴾ في الجميع ، بل في المسالك « لا أعلم به مخالفا » بل في جامع المقاصد والتنقيح نفيه ، بل في التذكرة و مجمع البرهان الاجماع عليه ، لكن في مفتاح الكرامة عن كشف اللثام عن الشيخ في المبسوط في كتاب الشهادات أنه قوى قبول شاهد وامرأتين في الطلاق والخلع والوكالة والوصية والنسب ورؤية الأهلة .

بل حكي عن الصدوق و المفيد و الشيخ في النهاية و سلاّر وابني حمزة وزهرة ماهو ظاهر في قبول شهادة النساء فيها ، و إن كان الذي تقتضيه قواعد المذهب الأول لما عرفته من الاجماعات المعتضدة بنفي الخلاف ، وبقاعدة أصالة عدم ثبوت الحق وغيرها، فلاريب حينئذ في ذلك ، لعدم كونها مالا، وإن تعلّقت به ، باعتبار كونها ولاية عليه ، إلا أن ذلك لايقتضي صحة اثباتها بالمزبورات التي ستعرف انشاء الله في محلّه اشتراط قبولها بما لايكفى فيه مثل هذا التعليق ، وإن كان في صحيح ابن مسلم[1] الاكتفاء بالشاهد واليمين في حقوق الناس ، إلا أن الظاهر إرادة مالا يشمل ذلك منه في مقابلة العامّة المنكرين حجية ذلك بالمرّة إلا أن الانصاف ماتسمعه انشاءالله في كتاب القضاء .

نعم لو ادعى جعلا على وكالة قد فعل مقتضاها أمكن ثبوت الجعل نفسه بها ، لأنه مال دونها ، ولا يستلزم ذلك تبعّض مقتضى الشهادة ، بل هو بمنزلة دعويين ثبتت احديهما دون الأخرى ، نحوما ذكروه في السرقة من اثبات نفس المال بذلك ، دون القطع ، وإن تأمل فيه في مجمع البرهان على ما قيل .

بل عن بعض متأخري المتأخرين أن ثبوت الجعل والمال دون الوكالة والسرقة لا ينطبق على القواعد والاصول ، بل هو مما تنكره بديهة العقول إلا أنه كما ترى ،

(١) الوسائل الباب -١٤- من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث -١٢ .

ضرورة صدق اشتمال الفرض على المال ، فيشمله ما دلّ على حجية ذلك فيه ، و غيره مما اعتبر الشارع في اثباته شيئا مخصوصا والله العالم .

و كيف كان فلا خلاف كما لا إشكال في ثبوتها بتصديق المو كل ، وبالشاهدين الجامعين للشرائط المجتمعين على مشهود عليه متحد في الزمان والمكان وغيرهما من عقد خاص أو إقرار كذلك ، بل الظاهر عدم الحاجة الى حكم الحاكم بهما ، لعموم دليل الحجية وللسيرة ، ﴿ و ﴾ لغير ذلك مما ذكرناه في نظائر المسألة .

أما ﴿ لو شهد أحدهما بالوكالة في تاريخ والآخر في تاريخ آخر قبلت شهادتهما نظرا إلى العادة في الإشهاد ، إذ جمع الشهود لذلك في الموضع الواحد قد يعسر ﴾ و لأن المشهود عليه في الحقيقة متحد ، إذ هو كونه و كيلا ، والاختلاف في تاريخ الشهادة عليه أو في مكانه لا يقتضي اختلافا فيه ، بعد أن لم يذكرا سببه من اقرار أو انشاء ، على أن ذا التاريخ السابق شاهد بكونه و كيلا في اللاحق ، و كذا بالنسبة إلى المكان ، فلا ريب في اتحاد المشهود عليه و ان اختلف تاريخ شهادتهما أو مكانها .

﴿ و كذا لو شهد أحدهما ﴾ باستفادة ﴿ أنه و كّله بالعجمية ﴾ من المو كل ﴿ والآخر بالعربية ، لأن ذلك يكون اشارة الى المعنى الواحد ﴾ وهو الاتصاف بكونه و كيلا ﴿ و ﴾ ان اختلفا في طريق استفادتهما له .

﴿ لو اختلفا في لفظ العقد بأن يشهد أحدهما أن المو كّل قال ﴾ في عقده : ﴿ و كلتك و يشهد الآخر أنّه قال : استنبتك لم تقبل ﴾ في المشهود ﴿ لأنها شهادة على عقدين ، إذ صيغة كل واحد منهما مخالفة للأخرى ﴾ و الفرض عدم ثبوت كلّ منهما ﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ فيه تردّد ﴾ عند المصنف ﴿ إذ مرجعه إلى أنّهما شهدا في وقتين ﴾ على تحقق وصف الوكالة بتعدّد إنشاء أو تعدّد اقرار أو إنشاء و إقرار .

﴿ أما لو عدلا عن حكاية لفظ المو كّل واقتصرا على ايراد المعنى ﴾ الذي هو كونه و كيلا ﴿ جاز و إن اختلفت عبارتهما ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، و بذلك ظهر

لك أنّ الاطناب من المسالك أو غيرها في الايراد على عبارة المصنف الاولى - و أنها منافية للمشهور من عدم قبول الشهادة مع الاختلاف في التاريخ الاّ في الاقرار الذى له نسبة في الخارج وقد حصل المقتضى و هو اتفاقهما على الاقرار بها و الأصل عدم تعدد نسبته بخلاف الانشاء - في غير محلّه .

بل قال في ذيل كلامه بعد الإطناب في بيان الفرق بين الاقرار و غيره « هذا غاية ما يمكن توجيه ما ادعوه من الفرق ، و مع ذلك لا يخلو من نظر . فكيف بما أطلق المصنف » إذ قد عرفت ان عبارة المصنف الأولى صريحة أو كالصريحة في اطلاق الشهادة بالوكالة ، من دون تعرض للاقرار والإنشاء ، كما أن المراد من الثانية الاختلاف في استفادة الوكالة من الموكّل بالعربية وغيرها خصوصا بعد ملاحظة تعليله و قوله بعد ذلك « ولو اختلفا في لفظ العقد » الذي قد أفتى به على وفق المشهور ، ثم تردّد فيه .

إنما الكلام فيما تردّد فيه فنقول إن مبنى قبول الاقرار في وقتين الإتفاق على حصول المقتضي مع عدم العلم بحصول الاختلاف ، لا حصول الإتحاد فيهما ، ضرورة عدم العلم ، لاحتمال كون الاقرار الثانى بوكالة جديدة متعقبة لفسخ الاولى مثلا ، و أصالة عدم الاختلاف لا يقتضي العلم بحصول الإتحاد فليس المبنى حينئذ إلا ما عرفت ، و هو بعينه يمكن تقريره في الصيغتين في وقتين المقتضى لعدم تكاذبهما فيما شهدا به ، إذ ليس هو كشهادتهما باختلافهما في الوقت الواحد المقتضي للتناقض المانع من قبول ذلك منهما .

و حينئذ مع فرض شهادة كل منهما بصيغة في وقت ، أو بصيغة واحدة في وقتين يقال أيضا : أن مقتضى التوكيل قد حصل ، وقد اتفقا على حصول مقتضاهما الذي هو الوكالة ، و الأصل عدم اختلاف مقتضى الثانية مع الاولى ، اذ يمكن تكريرها للاحتياط ، أو ارادة الاشهاد على الإنشاء ، بل قد يقال بعدم المانع في الوكالة ونحوها من تجديد صيغتها .

و دعوى أن الثانية بعدالاولى لغو ، لا وجه لها ، على أن الحكم بذلك متوقف على العلم بحصول الأولى ، وحينئذ يتم المشهود عليه ، و بالجملة التأمل الصادق يقتضي عدم الفرق بين الشهادة على الإقرار في وقتين أو الإنشاء في وقت والإقرار في آخر، الذي صرّح في المسالك بأنه مقتضى التعليل في المتن وبين ما نحن فيه .

بل لعلّه أولى بالقبول من الأخير الذي لم يحصل شاهدان على إنشائه ولا على إقراره ، إلا انهما متفقان على حصول وصف الوكالة و هو كاف ، و لعله لذلك و نحوه حكي عن الأردبيلي الجزم بموافقة المصنف على مقتضى تردّده .

نعم بناء على كون الاتحاد شرطاً ويعتبر العلم به يتجه عدم القبول فيه ، وفي الاقرار أيضا ولو حمل عبارة المصنف على إرادة الشهادة على لفظ العقد في وقت و لفظه في وقت آخر على معنى أن الشاهد الثاني يشهد على صدوره من الموكل مكرراً له ولو باقرار منه حينئذ يكون الوجه في قبوله أوضح، إذ ليس فيه إلا اختلاف الوقت فتأمل جيدا و قد يأتي في كتاب القضاء و الشهادات ما ينفع في المقام انشاء الله .

ولو شهد أحدهما أنه وكّله في بيع عبده ، و الآخر أنه وكّله و زيداً ، أو انه قال : لا تبعه حتى تستأمر زيداً فلا ريب في عدم ثبوت أحدهما كما جزم به في القواعد و غيرها .

لكن قد يقال : يمكن الحكم بالصحّة حينئذ لو باع هو وزيد أو مستأمراً لزيد على وجه يمضي على الموكّل لو أنكر ، ضرورة عدم نفي الأول للثاني ، و حينئذ يدخل فيه ويتم اتفاقهما على هذا الفرد .

اللهم إلاّ أن يقال : إن ذلك منهما يقتضي الاختلاف في العقد ، ويأتي فيه الكلام السابق، و كذا لو شهد أحدهما أنّه وكّله في بيع عبده و الآخر في بيع عبده وجاريته صفقة ، فإنه و إن لم يثبت الوكالة في أحدهما بالخصوص ، لكن لو باع صفقة يمكن القول بحصول الاتفاق منهما على مضي بيع العبد في حق الموكل ، دون الجارية بعد فرض عدم أخذ الانفراد في بيع العبد ، أما إذا لم يقل صفقة فلا ريب في ثبوت الوكالة في العبد ،

دون الجارية ، كما لو شهد أحدهما في بيعه ازيد ، والآخر في بيعه له و إن شاء لعمرو ، ولو شهدا بوكالته ثم قال أحدهما : عزله ، لم تثبت الوكالة ، ولو كان الشاهد بالعزل ثالثا ثبتت الوكالة دونه ، بناء على اعتبار التعدد فيه .

بل في جامع المقاصد ومحكي التذكرة الاجماع على عدم ثبوته بخبر العدل ، بل قال في الأول : إن المراد مما في النص و الفتوى من الاكتفاء بخبر العدل الانعزال به بعد ثبوت العزل ، وفائدة الاخبار حينئذ كون العزل الواقع غير نافذ لولاه لجهل الوكيل به لا ثبوت العزل به .

ولكن لا يخفى عليك مافيه من منافاته لظاهر صحيح هشام بن سالم [1] المتقدم سابقا من ثبوت العزل به ، و أنه كالمشافهة فلا يبعد القول بأن الصحيح المزبور من باب الاخبار ، لا الشهادة ، بل لعله ظاهر بعضهم أو صريحه ، و الاجماع المزبور لم نتحققه ، بل لعل المتحقق خلافه كما أوضحنا بعض ذلك فيما تقدم .

﴿و﴾ كيف كان فلا خلاف ولا اشكال في أنه ﴿ إذا علم الحاكم بالوكالة حكم فيها بعلمه ﴾ ، كغيرها من حقوق الناس وحقوق الله تعالى ، بل عن الانتصار والخلاف و الغنية والسرائر الاجماع عليه ، فما عن أبي علي من الخلاف في ذلك ، في غير محله ، بل قيل : إنه مناف لضروري المذهب حيث أطبق الإمامية على الإنكار على أبي بكر في طلب البينة من سيدة النساء التي اذهب الله عنها الرجس و طهرها تطهيراً . و الله العالم .

﴿ تفريع ﴾

﴿ لوادعى الوكالة عن غائب ﴾ مثلا ﴿ في قبض ماله من غريم ، فإن أنكر الغريم فلا يمين عليه ﴾ بناء على عدم إلزامه بالتسليم لو صدقه في العين و الدين

(١) الوسائل الباب - ٢ - من ابواب احكام الوكالة الحديث- ١ .

الذي ستعرف الكلام فيه ، و منه تعرف ما في كلامنا في اليمين هنا حتى في الدين مع فتواه بالالزام لو صدق .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿ ان صدّقه فإن كانت عينا لم يؤمر بالتسليم ﴾ من الحاكم عند الترافع إليه لتعلق إقراره في حق الغير الذي لم تثبت الوكالة في حقه ، لتصديقه المحتمل لكذبه ، و لغيره ، ولكن لا يمنعه لو دفع باعتبار عدم المعارض ، و من هنا لم أجد خلافاً في شيء من ذلك إلا ما عن مجمع البرهان من التأمل في عدم وجوب التسليم مع التصديق ، وإنه إن تم لم يجز له الدفع .

و فيه أن وجوب التسليم إن قلنا به فهو في حقّه باعتبار اقراره الذي لا كلام لنا فيه ، بل قد يقال بترتب الضمان عليه من هذه الجهة ، لو بان أنه وكيل إلّا أنه لا يقتضي الزام الحاكم له به على وجه الحكومة القاطعة للنزاع بحيث يترتب عليها مباشرته المدفع مع فرض الامتناع منه ، وهو المراد من قول المصنف وغيره «لم يؤمر» بل لعل ذلك هو الداعي للتعبير به دون عدم الوجوب .

وليس المقام كمن في يده مال وادعى الوكالة في بيعه مثلا ، فإنه يؤمر بالتسليم لو باعه ، وان كانت دعواه غير نافذة أيضا على المالك ، إلا أنه لما كان يده على المال وهو يصدق فيه كان معاملا في الظاهر معاملة الثابت ، بخلاف ما نحن فيه فتأمل فإنه لا يخلو من دقة .

﴿ و ﴾ كيف فـ ﴿ لو دفع إليه كان للمالك ﴾ الذي لم يثبت في حقه الوكالة ولو بيمينه ﴿ استعادتها ﴾ من كل منهما للعدوان المتحقق فيهما بظاهر الشرع ﴿ فان تلفت ﴾ بغير تفريط ﴿ كان له الزام أيهما شاء ﴾ بالكلّ أو البعض لذلك ﴿ مع ﴾ فرض ﴿ إنكاره الوكالة ، ولا يرجع أحدهما على الآخر ﴾ لو رجع عليه ، لكونه ظالما عندهما في رجوعه ، أمامع التفريط فيتجه رجوع الدافع لو رجع عليه المالك على الوكيل بعد غرامته أو قبلها بالمطالبة في وجه .

﴿ وكذا ﴾ الكلام بالنسبة إلى الأمر بالتسليم لوصدقه فيما ﴿لوكان الحق﴾ الذي ادعى الوكالة عليه ﴿ ديناً و﴾ لكن ﴿ فيه تردد ﴾ و خلاف ، بل لعل الاقوى هنا أنه يؤمر بالتسليم وفاقا للمحقق الثاني والشهيد الثاني والخراساني وعن الحلي ، لاختصاص الاقرار في حقه ، ضرورة أنه يدفع الدين من خالص ماله ، وإذا أنكر من له ذلك فهو على حجته ، خلافاً للمحكي عن الشيخ ويحيى بن سعيد ، والفاضل في الارشادووالده و الكاشاني ، من مساواته للعين ، لأن تسليمه إنما يكون عن الموكل ولا ينفذ إقرار الغريم عليه باستحقاق غيره لقبض حقه ، ولانه لايؤمر به إلا إذا كان مبرء للذمة على وجه يطالب به بعدذلك ، و من ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من التسليم للمالك للاشهادعليه ، وهنا ليس كذلك كما عرفت ، ولأن الدافع على جهة كونه مال الغائب لم يثبت ما يقتضيه ، والدفع على غير هذا الوجه غير واجب .

والجميع كما ترى ، ضرورة عدم توقف الأمر بتسليمه على نفوذ إقراره في حق الغريم ، بل يكفى فيه تعلقه فى حقه من غير معارضة لحق الغير ، فهو كما لو أقرّ بالحوالة عليه من الغريم لشخص خاص ، فإنه لا إشكال في أمره بالدفع إليه . و ان لم ينفذ ذلك في حق الغريم ، بل هو على حجته بلا خلاف أجده بين من تعرض لذلك .

نعم قد احتمل بعضهم عدم وجوب الدفع فيه أيضاً ، لكنه في غير محلّه ، بل اعترف بعضهم بأنه في غاية الضعف ، بعد أن نسب إلى الشافعي ، ضرورة عدم انقطاع الاحتمال حتى مع الاشهاد على المالك لامكان موتهما وفسقهما وغيبتهما وغير ذلك ، وحينئذ فاحتمال الضرر مع إمكان دفعه بطريق من الطرق لا يصلح مانعاً لدفع الحق إلى وكيل مالكه باعتراف الغريم ، مع أنه يمكن فرض المسألة في حال القطع بعدم الضرر للغريم .

بل من المعلوم أنّ جهة البحث هنا غير ذلك ، والدفع على أنه مال الغائب يكفي في ثبوت مقتضيه بالنسبة إلى ذلك الاقرار المزبور الّذي لايتوقف إلزامه بمقتضاه

عملاً «باقرار العقلاء» [١] وبوجوب دفع الحق إلى صاحبه المطالب به على نفوذه في حق الغير ، كما هو واضح بأدنى تأمّل .

و ﴿لكن﴾ ينبغي أن يعلم أنه على كلّ حال ﴿ في هذا لو دفعه ﴾ ـه الغريم للوكيل و ﴿ لم يكن للمالك ﴾ بعد إنكاره الوكالة وعدم إجازته القبض ﴿ مطالبة الوكيل ، لأنه لم ينتزع عين ماله ، إذ لا يتعين إلاّ بقبض وكيله وهو ينفي كل واحد من القسمين ﴾ وبذلك افترق عن العين التي عرفت مطالبة كلّ ﴿ و ﴾ احد منهما بها .

نعم ﴿للغريم أن يعود ﴾ بعد غرامته أوقبلها في وجه ﴿ على الوكيل إن كانت العين باقية أو تلفت بتفريط منه ولادرك عليه لو تلفت بغير تفريط ﴾ لتصديقه بوكالته المقتضية عدم ضمانه .

وقد ظهر لك بما ذكرنا أنه على المختار يجب على الغريم اليمين لو ادّعى الوكيل عليه العلم بوكالته في الدين دون العين ، للقاعدة المشهورة المعلومة ﴿ و ﴾ هي « ﴿كلّ موضع يلزم الغريم التسليم ﴾ فيه ﴿لو أقرّ به يلزمه اليمين إذا أنكر ﴾ وقد عرفت أنه يؤمر الغريم بالدفع مع التصديق ، فيتوجه عليه اليمين مع إنكاره .

ومن ذلك يعلم أنه لا وجه لاطلاق نفي اليمين ممّن قال بأنه يؤمر بالتسليم ، وكذا يجب اليمين لوادّعى عليه العلم بأنه الوارث لصاحب الحق الذي في ذمّته ، للقاعدة المزبورة ، أمّا إذا ادّعى عليه العلم بأنه وارث في الجملة فقد قيل بعدم وجوب اليمين عليه ، لأنه لا يؤمر بالتسليم لو صدّقه ، لعدم إمكان القسمة ، وفي إطلاق ذلك نظر واضح .

---

(١) الوسائل الباب ـ ٣ ـ من أبواب كتاب الاقرار الحديث ـ ٢ ـ

الفصل ﴿ السادس : فى اللواحق وفيه مسائل ﴾

﴿ الاولى : ﴾ لاخلاف بين المسلمين ولا إشكال في أن ﴿ الوكيل ﴾ سواء كان بجعل أو غيره كما هو صريح بعض وظاهر الباقين ﴿ أمين ﴾ بالنسبة إلى أنه ﴿ لا يضمن ما تلف في يده الا مع التفريط أو التعدي ﴾ كغيره من الأمناء الذين قد عرفت الدليل على عدم ضمانهم من النص والاجماع فيما مضى من الكتب السابقة وكذا بالنسبة الى تصديقه بدعوى التلف ، الا مايحكى عن بعض العامة ، فيما اذا ادعاه بأمر ظاهر ، وأما بالنسبة الى قبوله في الرد ، وفي الاقرار على الموكل وغير ذلك ، فسيأتي البحث فيها .

المسألة ﴿ الثانية : ﴾ قدعرفت فيمامضى أنه لااشكال ولاخلاف عندنافي أنه ليس للوكيل أن يوكل غيره ، ولو عن نفسه الا باذن الموكل التي بها يكون قول الوكيل الثاني ، حيث يكون وكيلا عن الوكيل نفسه قولا للموكل ، فهو حينئذ له تعلق بهما معاً .

وحينئذ فـ ﴿ اذا كان أذن لوكيله أن يوكل ﴾ عنه أو عن نفسه فلا اشكال وان أطلق ، فظاهر القواعد ومحكي السرائر والتذكرة وصريح جامع المقاصد ومحكي مجمع البرهان أنه يوكل عن الموكل ، واحتمل غير واحد أنه يوكل عن نفسه لأن المراد التسهيل عليه ، ولكن ظاهر المتن التخيير بينهما .

وعلى كل حال ﴿ فان وكل عن موكله كانا وكيلين له ﴾ بلاخلاف ﴿ و ﴾ لا اشكال فـ ﴿ تبطل وكالتهما ﴾ معاً ﴿ بموته ﴾ وجنونه ، ﴿ ولا تبطل بموت أحدهما ولا بعزل أحدهما ، صاحبه ﴾ لعدم ارتباط وكالة أحدهما بوكالة الآخر ، ﴿ و ﴾ انما كان الأول واسطة عن الموكل في وكالته .

نعم ﴿ ان وكله عن نفسه ﴾ حيث يكون له ذلك بالاذن من الموكل فيه

أو بالإطلاق بناء على اقتضائه ذلك ﴿كان له عزله﴾ وتبطل وكالته بموته وجنونه، وبعزل الموكّل له، بلا خلاف ولا اشكال، ضرورة أنه فرعه، خلافاً للمحكي عن الشافعي في أحد قوليه، فلا ينعزل بعزل الوكيل، لأن التوكيل فيما يتعلّق بالموكّل وبإذنه يقتضي كون الحقّ له.

وفيه ماسلف من أن الإذن من الموكل انما هي في صيرورة فعل وكيل الوكيل فعلا له بالواسطة، فالتوسط حينئذ ملحوظ، و وكالته مركبة منهما، ﴿فإن مات الموكل﴾ أو جنّ أو أغمي عليه أو عزل الاوّل ﴿بطلت وكالتهما﴾ معا ﴿وكذا ان مات وكيل الأوّل﴾ أوجنّ تبطل وكالة الثاني وهذا كلّه لا إشكال في شيء منه، إلا في دعوى تعيين المراد من الإطلاق الذي هو وإن كان منشؤه الانسياق منه عرفاً أمكن منعه، وأنه إلى الإجمال أقرب من ذلك، حتى التغيير الذي لم نجد به قائلاً إلا دعوى ظهور عبارة المصنف، واستقربه في المسالك إن كان قولاً.

قال: «فإنّ العبارة على تقدير انحصار الأمر في الوجهين الأوّلين يمكن حملها على ما يوافقهما، بأن يجعل قوله «فإن وكّل عن موكله» بأن كان مضمون توكيل الموكل له ذلك، وكذا القسم الآخر إلا أنه لا ضرورة إلى ذلك، فانّ المسألة محتملة، والوجه ليس أبعد منهما».

قلت: ماذكره في حمل العبارة لا يصلح لتنزيل الإطلاق عليه، بل يكون مبنياً على تصريح الموكل له بذلك، وهو ليس محلا للبحث، كما ان دعوى عدم بعده لا يقتضي رجحانه على غيره مع ان كلامنهما مفهوم مغاير للآخر، وإرادتهما معاخصوصية كخصوصية أحدهما، ولذا حكموا ببطلان التوكيل بعدم ذكر الموكل فيه، و لم ينزلوا ذلك على الإطلاق الذي هو أحد الأفراد، ولذا كان مجملا.

وما نحن فيه وإن لم يكن كذلك باعتبار ذكر المتعلق، وهو توكيل الغير، إلا أنه قريب منه باعتبار عدم ذكر الموكّل عنه أنه الموكّل أو الوكيل، أو كلّ منهما، ولم يستعمل لإرادة الإطلاق، بل ولا يفهم منه إلا بالقرينة الدالّة على ذلك،

ولوقطع النظر عن مفاد العبارة فليس في الأدلة مايقتضي تعيين فرد من الأفراد الثلاثة.

والتأمل في كلامهم يعطي كمال التشويش في مبنى ماذكروه من التعيين ويزيده ما في المسالك من أنه لو كان مستند الإذن في التوكيل القرائن الحالية يحتمل الأوجه الثلاثة ، وتوقف في التذكرة ، وقطع في السرائر أنّ الثاني يكون وكيلا للوكيل ، وهو متجه ، ضرورة أن الحكم في القرائن اتباع خصوص ما دلّت عليه ، ومع فرض عدم دلالتها على خصوص فرد من الثلاثة فالمتجه الاجمال ، لاماذكره عن التحرير ، نعم ماذكره من أنه « لوكان المستند في الإذن القرينة المقالية يكون كما لوأطلق » قد يكون له وجه ، في بادي النظر ، مع أن التأمل الصادق يقتضي خلافه ، مع فرض كونها قرينة ، لا أنها إطلاق لفظ ، وحينئذ فالمتجه اتباع ما أفادته من أحد الأفراد ، وإلا فالإجمال إلا أن يثبت أصل من الشرع يقتضي الوكالة عن الموكل ، أوعن الوكيل أوعنهما بمجرد الإذن في التوكيل ، هذا وقد ذكر الفاضل وغيره إعتبار الأمانة في وكالة الوكيل ، بل قيّدها بعضهم بالعدالة إلا أن يعين الموكل غيره ، بل في القواعد وغيرها أنه لو تجددت الخيانة وجب العزل .

ولكن لا يخفى عليك عدم الدليل الشرعي على اعتبار ذلك في خصوص الفرض بل هو ليس إلا من مراعاة المصلحة التي هي مناط تصرف الوكيل و من المعلوم عدم اختصاصها بذلك ، خصوصاً فيما إذا أراد توكيله على ايقاع الصيغة ونحوها ، ممالم تكن له يد على مال ، كما هو واضح . ويمكن تنزيل كلامهم على ذلك فلاحظ وتامل والله العالم .

المسألة ﴿ الثالثة ﴾ لاخلاف ولا إشكال في أنه ﴿ يجب على الوكيل تسليم ما في يده إلى الموكل ﴾ أو وكيله ﴿ مع المطالبة وعدم العذر فإن امتنع) حينئذ على وجه نافى خطاب الرّد عرفا ﴿ من غير عذر ضمن ﴾ قطعا بل ﴿و﴾ إجماعاً للعدوان في استمرار يده بعد انقطاع الاذن في ذلك بالمطالبة .

نعم ﴿ لو كان ﴾ له ﴿ هناك عذر لم يضمن ﴾ بلاخلاف أجده فيه ، كما عن

التذكرة الاعتراف به ، إلا أنك قدعرفت سابقاً في الوديعة أنه ليس في شيء من النصوص تعليق الحكم وجوداً وعدماً على العذر كي يكون المدار عليه ، ويتجه القول بأنه عذر عقلي وشرعي وعرفي وان من الاخير التشاغل باتمام الحمام ، والطعام ، والنافلة ، وانتظار انقطاع المطر ونحو ذلك أولا حتى اضطرب كلام بعضهم فيها ، فحكم هنا به بأنها أعذار دون الوديعة التي تناسب السهولة فيها .

بل هي أولى بعدّ مثل ذلك فيها عذراً باعتبار اختصاص المصلحة فيها للمالك، بخلاف الوكيل الذي يمكن ان يكون له جعل ، و ظاهرهم المفروغية من عذرية الواجب الشرعي وإن استلزم ذلك طول التأخير ، كالحجّ الواجب ، و الاعتكاف المنذور و نحوها ، إلا أنه لا يخفى عليك ما في الجميع بعد ما عرفت من خلو الأدلة عن العنوان المزبور .

فالمتّجه حينئذ المحافظة على صدق الفورية العرفية في الأداء التي لا ينافيها إتمام بعض الأعمال ، ولا عدم الاسراع في المشي مثلا، وعلى الترجيح عند التعارض مع الواجبات المنافية لذلك ، كما أوضحنا ذلك في كتاب الوديعة .

بل إن لم يكن ثم اجماع اتجه القول بالضمان مع التأخير المنافي للفور عرفا ، لعذر شرعي لأصالة الضمان في مال المسلم المحترم كدمه ، أو لقاعدة على اليد التي لا ينافيها عدم الإثم في الامتناع ، وإن انفسخت الوكالة والوديعة .

وليس في الأدلة ما يقتضي عدم الضمان في كل ما أذن شرعا ببقائه في يده على وجه يشمل الفرض ، وقد أشرنا سابقاً إلى احتمال الضمان مع تصديق الوكيل ، وإن جاز له التأخير لعدم البيّنة كما أنه محتمل أيضا في التأخير لإرادة الاشهاد فتأمل جيدا فانه يمكن القول بأنّ المفروض من الأمانة الشرعية التي لا تندرج في العموم المزبور ، باعتبار عدم صدق الأخذ على الاستدامة ، نحو وقوع الثوب في اليد بإطارة الريح ونحوه فيبقى أصل البراءة سالما كما أشرنا إليه سابقا في نظائر المقام ، بعد منع أصالة الضمان الذي حصروا أسبابه في أسباب مخصوصة والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿ لوزال العذر فأخر التسليم ضمن ﴾ بلاخلاف ولا إشكال، لأنه من المغصوب باعتبار كون الاستيلاء عليه بغرض ، فتندرج في قوله عليه‌السلام[1] «كل مغصوب مردود» ، أي ولو بالمثل أو القيمة كما هو واضح .

﴿ولو﴾ امتنع مثلاً من الرد بعد المطالبة به مع الاعتراف به ثم ﴿ ادعى بعد ذلك أن تلف المال ﴾ قد كان ﴿ قبل الامتناع ، أوادعى الرد قبل المطالبة ، قيل لاتقبل دعواه ، وإن أقام بينة﴾ لتكذيبه لها بالاقرار المفروض سابقا واختاره جماعة ﴿ والوجه ﴾ عند المصنف ﴿ أنها تقبل ﴾ لعموم البينة على المدعي ، خصوصا إذا أظهر لاقراره الأول وجها ممكنا ، كنسيان أو اعتماد على كتابة ونحوها ، إلا أنه لايخفى عليك مافيه بعد الاحاطة بماذكرناه سابقا في الوديعة من أن المتيقن من الخبر المزبور ما إذا لم يكذبه .

على أنه معارض بمادل على حجية الاقرار ، بل هو كذلك لوأنكر أصل المال، فإنه وإن كان إنكاراً إلا أنه إقرار في حقه ، على وجه ينافي سماع بينته .

نعم إذا لم يكن حال امتناعه من الرد معترفا بوجود المال ، ولا منكراً لاصل قبضه ، ولكن كان ذلك مماطلة ، اتجه حينئذ سماع بينته .

نعم إذا لم يكن حال امتناعه من الرد للمخبر ، ولعدم صدور ما ينافيها منه كما أنه يتجه ذلك لوادعى الرد بعد الامتناع منه ، بل والتلف بالنسبة إلى عدم الالزام بالعين ، فتسمع حينئذ البينة منه ، كما هو واضح .

بل قد يقال في الأول بسماع قوله في التلف فضلا عن بينته ، لأن ذلك المطل الذي قد كان منه لايقتضي عدم قبول قوله في التلف اوالرد بناء على القول به لعموم مادل عليه او إطلاقه والمطل المزبور يمكن أن يكون حياء من المالك أولغير ذلك من الوجوه الصحيحة ، لكن في القواعد ومحكي التذكرة والسراير التصريح بعدم قبول غير البينة منه في الفرض المزبور والله العالم .

(١) الوسائل الباب ــ ١ ــ من ابواب الغصب الحديث ــ ٣ ــ و فيه « لان الغصب كله مردود » .

المسألة ﴿ الرابعة : كلّ من في يده مال لغيره ﴾ ممن تتوجه له الدعوى به ولوغصبا لامثل الزكاة والخمس ﴿أوفي ذمته﴾ كذلك ﴿فله أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بالقبض ﴾ حال وقوعه ﴿ ويستوي في ذلك مايقبل قوله في ردّه و مالايقبل إلا ببينة ، هربا من الجحود المفضي إلى الدرك أو اليمين .

وفصّل آخرون بين ما يقبل قوله في ردّه ﴾ كالوديعة ﴿ ومالايقبل﴾ كالعارية ﴿فأوجبوا التسليم في الاول﴾ وإن لم يشهد﴿وأجازوا الإمتناع في الثاني إلامع الاشهاد﴾ بل عن آخرين أيضا التفصيل في الثاني بين أن يكون بينة على أصله وعدمه ، فيجب التسليم في الثاني لتمكنه حينئذ من الإنكار بنحو « لاتستحق عندي شيئاً » وشبهه ، دون الأول .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿الاول أشبه﴾ عند المصنف ومن تاخر عنه ، بل عن بعض متأخري المتأخرين نفى القائل منا بالتفاصيل المزبورة وإنماهي للشافعية ،وإن كان فيه ما فيه ، لانّ الاول محكي عن المبسوط والثاني عن يحيى بن سعيد .

بل في محكي السرائر تقييد الحكم بما إذالم يؤد الاشهاد إلى تأخير الحق ، فإن أدّى إلى ذلك فالوجه وجوب الدفع فيما يقبل فيه قوله باليمين، بل عن الاردبيلي التوقف في أصل الحكم ولعلّه كذلك للعقل والنقل كتابا وسنة في وجوب دفع الحق إلى صاحبه مع مطالبته ، وخصوصاً مع الضرر العظيم في تأخيره عنه ، وتعذر الاشهاد المعتبر أو تعسّره في كثير من المقامات ، فلايخالف ذلك الاحتمال ترتب ضرر عليه بالانكار ، مع أنّ الأصل عدمه ، و ربما يطمئن الدافع في كثير من المقامات بعدم وقوعه منه .

على أن الاشهاد المزبور لايرفع الاحتمال المذكور ، لإمكان موت الشهود و غيبتهم وخروجهم عن تأهل الشهادة ، بل يمكن أن يدّعى عليه العلم بخطاء الشهود ونحو ذلك ، فيتوجه عليه اليمين الّذي يمكن إنكار كونها ضرراً على الحالف بحيث يجوز له منع الحقّ عن مستحقه ، إلى غيرذلك ممالايخفى وروده على اطلاق الحكم

المزبور ، ولذا سمعت من الفاضل في التحرير التقييد المزبور ، وإن كان هو غير مجد في رفع الإشكال من أصله ، كما أنّ التفاصيل المزبورة كذلك أيضاً .

نعم قد يقال : إنّ من في يده مال الغير مثلا لما كان مأمورا بدفعه وإيصاله الى من له الحق ، فهو مخير في طرق الايصال التي لا تنافي الفورية العرفية ، وليس فيه ضرر على المالك ، فمع فرض التشاحّ فيها منهما بأن أراد من عليه الحق الإيصال المشتمل على الشهادة بالوصول اليه ، وأراد المالك خلافه ، كان الدافع هو المقدم ، لأنّه المخيّر والفرض عدم الضرر على المالك ، مع احتمال الضرر على الدافع في غيره .

أمّا حال تعذر الشهود أو تعسرهم أو نحو ذلك مما كان فيه الضرر ، بتأخير الحق عن صاحبه المطالب به فلاريب في تقديم جانب المستحق كما سمعته من الفاضل في التحرير ، فان أمكن حينئذ حمل كلام المصنف وغيره من الاصحاب على ذلك ، او أما يقرب منه كان له وجه ، لا ما عساه يظهر منه من جواز الامتناع حتى يشهد ، وإن استلزم ذلك التأخير سنة أو أزيد ، لتعذر الشهود أو تعسرهم وغير ذلك مما لا ينطبق على القواعد الشرعية من دون نص معتبر ، أو إجماع كذلك ، بخلاف ما قلناه المبني على ترجيح المستحق عليه على المستحق ، في اختيار بعض طرق الإيصال التي لا ضرر فيها على المالك على الوجه المزبور .

ولعل ذلك مبنى القول بالتفصيل ، وان لم ينقحوه على القواعد ، ولم يلحظوا قاعدة تزاحم الحقين ، و ميزانه الموافق للضوابط فلاحظ وتأمل فإ ن المقام منه ، بعد تسليم كون حق الإشهاد لمن عليه الحق معلوما من الكتاب والسنة وعلى كل حال فلا يلزمه دفع الوثيقة إذا كانت ملكاله ، وقد أشهد على نفسه بالقبض ، للأصل مع اندفاع الضرر .

المسألة ﴿ الخامسة : الوكيل في الايداع إذا لم يشهد على الودعي لم يضمن ﴾ إذا أنكر الودعي بلا خلاف محقق أجده فيه ، وإن حكى في المسالك القول بوجوب الاشهاد ، إلا أنا لم نجده لأحد من أصحابنا .

نعم عن التذكرة الاشكال فيه ، و هو في غير محلّه ، ضرورة عدم كون ذلك

تفريطا عرفا ، خصوصا في الوديعة المبنية على الاخفاء ، ولذا لم يكن تركه كترك في ردها الى وكيل المالك ، تفريطا بها ، بلا خلاف أجده فيه أيضا ، ولو أنكر المالك الدفع إلى الودعى ، فالقول قول الوكيل الذي هو أمين على ذلك ، هذا كله في وكيل الايداع .

﴿و﴾ أما ﴿ لو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن ﴾ لو أنكره كما عن الشيخ و الفاضل في جملة من كتبه ، و ولده و الشهيدين و المحقق الثاني للتفريط ﴿و﴾ لكن في المتن ﴿ فيه تردد ﴾ و كذا القواعد ، بل كأنه قال به في محكي المختلف ، بل عن الاردبيلي الجزم بذلك ولعلّه لعدم صدق التفريط عرفا ، لا أقل من الشك ، والاصل عدم الضمان ، مضافا إلى السيرة والله العالم .

المسألة ﴿ السادسة : إذا تعدى الوكيل في مال الموكل ﴾ بلبس و نحوه ﴿ضمنه﴾ قطعا ﴿و﴾ لكن ﴿ لاتبطل وكالته﴾ على بيعه مثلا بلا خلاف أجده بين من تعرض له ، إلا ما يحكى عن أبي علي وأحد وجهي الشافعية ﴿ لعدم التنافي﴾ بين الضمان بسببه الشرعي ، و بقاء الوكالة المستصحب المحتاج رفعه إلى فاسخ شرعي أو انشاء عزل المالك ، كما تقدّم الكلام في نظائره من الرهن ، ومال القراض، والعارية بل والوديعة ، وإن ظهر من بعض العبارات انفساخها بذلك ، لكنّه في غير محله ، بل الظاهر بقاء أحكام الأمانة غير الضمان .

نعم لو فرض اعتبار عدالته في وكالته ، أمكن انعزاله حينئذ بالفسق بالتعدي كما هو واضح ، ﴿و﴾ حينئذ ف﴿لو باع الوكيل ما تعدّى فيه وسلمه إلى المشتري برىء من ضمانه ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به في المسالك ، بل في محكي التذكرة الاجماع عليه ﴿لانه تسليم مأذون فيه فجرى مجرى قبض المالك ﴾ المعلوم انقطاع الضمان به ، ولا يكون الثمن مضموناً لعدم التعدي فيه .

نعم رجح ثاني المحققين و الشهيدين عدم زوال ضمانه بالبيع قبل القبض ، لانّه ربما بطل العقد بتلفه قبل قبض المشتري ، فيكون التلف من ملك الموكل ، وفيه أن

ذلك يقتضي الانفساخ من حينه على الاصح ، فيكون قد تلف وهو ملك المشتري وإن اقتضى ذلك إنفساخ البيع، كما لورده المشتري على الوكيل بعيب ، حيث يكون وكيلا عليه أيضاً بعد الرد ولو بالوكالة الاولى ، فانه قد صرح في المسالك بعدم الضمان فيه والفرق بينهما غير واضح .

أللهم إلا أن يكون قد بنى الاول على الانفساخ من الاصل به كما لعله ـ الظاهر من آخر كلامه ، وبما ذكرنا يظهر لك النظر أيضاً فيما عن التحرير من التوقف في الضمان في الأول ، والجزم به في الثاني ، كما عن التذكرة ، كما أنه يظهر منه أيضاً إنقطاع الضمان عنه ببيعه بالخيار إلى مدة يفسخ فيها ، فضلا عن أن يكون الفسخ من المشتري ، لانقطاع أثر سبب الضمان للاول بالخروج عن ملكه ولو متزلزلا ، واحتمال تبعية وصف الضمان لتزلزله لادليل عليه ، بعد معلومية انقطاعه بالانتقال المزبور ، فليس العود حينئذ الا كعوده من المالك ، بعد وصوله إليه فهو كالاستيمان الجديد فتأمل جيدا والله العالم .

المسألة ﴿ السابعة إذا أذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع جاز ﴾ بناء على جواز اتحاد الموجب والقابل ، كما هو المشهور بل المجمع عليه بين المتأخرين بل عن التذكرة الاجماع عليه في ثلاثة مواضع ، لاطلاق الأدلة وعمومها ، وخصوص ماورد منه في الجد والأب و الوصي وبعض النصوص الاتية .

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿ فيه تردد ﴾ مما عرفت ، ومن أن المنساق من الادلة التغاير ، لاأقل من الشك ، و الأصل عدم ترتب الاثر ، ولذا حكى الخلاف فيه عن جماعة ، بل عن غاية المراد نسبته إلى كثير من أصحابنا إلا أنه قد ذكرنا في البيع ﴿ وكذا في النكاح ﴾ أن الأصح الأول ، و أنه لا شك في تناول الأدلة ، انما الكلام فيما اذا أطلق الموكل البيع او الشراء مثلا .

فهل يدخل الوكيل ـ فيجوز له البيع والشراء من نفسه من دون اعلام الموكل لصدق البيع والشراء ، فيندرج ـ في الموكل فيه ـ

و لخبر اسحاق بن عمار [1] قال : «قلت لأبي عبدالله عليه السلام يجيء الرجل بدينار يريد مني دراهم فأعطيه أرخص مما أبيع ، قال : اعطه أرخص ما تجد له » أولا ؟ لانسياق غيره من الاطلاق ، ولولسبق التهمة الى الذهن ، أو الشك في تناوله له .

وللنصوص ، كخبر ابن الحكم [2] عن الصادق عليه السلام اذا قال لك الرجل اشتر لي فلا تعطه من عندك ، و ان كان الذى عندك خيراً منه .

و خبر اسحاق [3] سألته عليه السلام أيضاً عن الرجل يبعث الى الرجل ، فيقول له : ابتع لي ثوبا ، فيطلب له في السوق فيكون عنده مثل ما يجد له بالسوق فيعطيه من عنده قال : لاتقربن هذا ولا يدنس نفسه ان الله عزوجل يقول « انّا عرضنا الامانة» الى آخره و ان كان ماعنده خيراً مما يجد له في السوق فلا يعطيه من عنده » .

و خبر القلانسي [4] « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل ـ يجيئني بالثوب فأعرضه ، فإذا أعطيت به الشيء زدت فيه وأخذته قال : لاتزده .

وخبر ابن أبي حمزة [5] « سمعت الزيات يسأل أباعبد الله عليه السلام فقال: جعلت فداك اني رجل ابيع الزيت يأتيني من الشام فآخذ لنفسي مما أبيع قال : ما أحب لك ذلك ، قال اني لست أنقص لنفسي شيئاً مما أبيع ، قال : بعه من غيرك ولا تأخذ منه شيئاً ، أرأيت لوأن الرجل قال لك : لا أنقصك رطلا من دينار كيف كنت تصنع لا تقربه »ـ خلاف :

فعن الفاضل في التذكرة و المختلف والنهاية والتلخيص ولواحق رهن القواعد وولده في الايضاح و الشهيد في الحواشي وصريح أبي الصلاح أو ظاهره الاوّل ، و عن المبسوط و الخلاف و الارشاد و وكالة القواعد الثاني بل عن التذكرة أنّه المشهور و لعلّ الاقوى الاوّل للصدق عرفا و امكان حمل النصوص المزبورة بعد الغض

(١ ـ ٣) الوسائل الباب ـ ٥ ـ من ابواب آداب التجارة الحديث ٣ ـ ١ ـ ٢ .

(٤) الوسائل الباب ـ ٦ ـ من ابواب آداب التجارة الحديث ـ ١ .

(٥) الوسائل الباب ـ٦ـ من ابواب آداب التجارة الحديث ـ ٢ .

عما في السند والاجمال في الجملة في خبر القلانسي منها كما يظهر من حواشي التهذيب على ضرب من الكراهة للتهمة ونحوها ، خصوصا مع اشعار قوله فيها لايدنس ونحوه بذلك .

مضافا الى خبر ميسر [1] « قلت له يجيئني الرجل فيقول تشترى لي و يكون ماعندي خيراً من متاع السوق قال : إن امنت أن لا يتهمك فاعطه من عندك ، وان خفت أن يتهمك فاشتر له من السوق » مؤيداً ذلك كله بما ورد [2] من جواز أن يأخذ لنفسه من و كّل على تقسيم مال للمحاويج ، وكان بصفتهم ، وجواز حج الوصي بنفسه عمن هو وصي عنه و الله العالم .

الفصل ﴿ السابع في التنازع وفيه مسائل ﴾

﴿الاولى : إذا اختلفا في الوكالة ، فالقول قول المنكر لانه ﴾ الموافق ل﴿لاصل﴾ المقتضي لاندراجه في قوله عليه السلام [3] « البيّنة على المدعي و اليمين على من أنكر » سواء كان المنكر الموكل ، أو الوكيل الذى قد يدعى غيره وكالته لغرض من الأغراض كما لو كان قد اشترى شيئاً ادعى الموكل أنّه اشترى له بالوكالة عنه ، فانكر المشترى أصل الوكالة ، أو كانت الوكالة مشروطة في عقد لازم لأمر لايتلافى حين النزاع للتوقيت اولتلف العين التي اشترط الوكالة عليها ، فادعى البايع مثلا أنه قد وكّله لإرادة لزوم العقد ، وأنكر هو ذلك لافادة التسلط على الفسخ .

﴿ ولو اختلفا في التلف ﴾ وعدمه ﴿ فالقول قول الوكيل ﴾ وإن كان مخالفاً للأصل ﴿ لأنّه أمين ﴾ بالنسبة إلى ذلك ، بمعنى كونه مقبول القول فيه، بلاخلاف أجده ، بل لعلّه كذلك بين المسلمين ، فضلا عن صريح الاجماع في المبسوط والسرائر

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب آداب التجارة الحديث - ٣ .
(٢) الوسائل الباب - ٨٤ - من أبواب مايكتسب به .
(٣) الوسائل الباب -٢٥- من أبواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث -٣ .

وجامع المقاصد و المسالك على ماحكي عن بعضها ، بل ظاهر الاكثر ومعقد الاجماع ونفي الخلاف ما هو صريح بعض من عدم الفرق بين كونها بجعل و بدونه ، ضرورة كونه أمينا على كل حال ، بل وبين كون التلف المدعى بسبب ظاهر ، كالغرق و الحرق ، أو خفي كالسرقة ونحوها ، وإن حكي عن الشيخ في الوديعة الخلاف في ذلك إلا أن المحكي عنه هنا التصريح بذلك ، ولعله لذا كان ظاهر المسالك الاجماع على ذلك هنا .

وقد عرفت فيما مضى من الكتب السابقة مايدل من النصوص وغيرها على قبول دعوى الامين في ذلك مطلقا ، حتى في الصناع ﴿و﴾ إن سمعت الخلاف فيه في كتاب الاجارة ، على أنه ﴿ قد يتعذر إقامة البينة بالتلف غالباً فاقتنع بقوله دفعا لالتزام ﴾ الأمين المحسن وغيره ب ﴿ما تعذر غالبا﴾ لقاعدة العسر والحرج والاحسان والأمانة .

بل قد يستفاد من التعليل في بعض النصوص الواردة في قبول قول الامرأة في الحيض والطهارة منه (١) ونحو ذلك ، افادة هذه القاعدة أيضا وهي « أن كل أمر يتعذر إقامة البينة عليه غالباً أو يتعسر ، يقبل قول مدعيه بيمينه » ولعله إليه أومى المصنف بما ذكره ﴿ ولو اختلفا في التفريط ﴾ ولو بالتعدي فيه ﴿ فالقول قول منكره ، لقوله عليه السلام (٢) « البينة على المدعي ، و اليمين على من أنكر ﴾ كما هو واضح و الله العالم .

المسألة ﴿ الثانية إذا اختلفا في دفع المال ﴾ الذي هو في يد الوكيل من حيث وكالته ﴿ إلى الموكل فإن كانت ﴾ الوكالة ﴿ بجعل كلف البينة ، لأنه مدع ﴾ و قابض لمصلحة نفسه ، فلا يساوي الوديعة ﴿ وإن كانت بغير جعل ، قيل : القول قوله كالوديعة ﴾ في الاحسان ﴿وهو قول مشهور ﴾ كما عن الصيمري والكفاية ، بل عن غاية المراد أنه مذهب الشيخ و الاتباع ، بل عن ظاهر المهذب البارع أو صريحه

(١) الوسائل الباب ـ٢٧ـ من أبواب الحيض .

(٢) الوسائل الباب ـ٢٥ـ من أبواب كيفيه الحكم واحكام الدعوى الحديث ـ ٣.

الاجماع عليه .

﴿ وقيل ﴾ كما عن ابن ادريس وجماعة من المتأخرين ﴿ القول قول المالك و هو الأشبه ﴾ باصول المذهب و قواعده التي منها « البيّنة على المدعى و اليمين على من أنكر » ومنها أصالة عدم الردّ وغيرها ، ولا ينافي ذلك قبول قوله في الوديعة للنص و الاجماع ، بعد حرمة القياس ، وإن حصل الجامع الذى هو الامانة ، الاحسان ، والقبض لمصلحة المالك وتأدية عدم القبول إلى إنسداد باب قبول الامانة إلا أنّ الجميع كما ترى ، لايطابق المذهب بعد عدم معلومية كون ذلك هوالعلّة شرعا ، والامانة أعمّ من قبول القول في الردّ ، كما أن النهي عن الاتهام لا يقتضي ذلك ، بل ظاهره خلاف ذلك .

بل و كذا قاعدة الاحسان الظاهرة في نفي السبيل على المحسنين في إحسانه ،لا في قبول دعواه ، على أنه لو سلّم أن من مقتضاها ما نحن فيه لاتجه القبول بلايمين لأنّه نوع سبيل ، كما أوضحنا ذلك في الوديعة والعارية .

﴿ أما الوصي فالقول قوله في الانفاق ﴾ على الطفل أو على دوابه أو على عقاره فضلا عن دعوى التلف من غير تعد ولا تفريط بلاخلاف اجده فيه ، لأنه امين بالنسبة إلى ذلك و ﴿ لتعذر البينة فيه ﴾ بل و البيع للمصلحة و القرض لها و نحو ذلك مما ادّعاه حال أمانته ﴿ دون ﴾ دعوى ﴿ تسليم المال إلى الموصى له ﴾ بعد بلوغه و رشده الذي هو كدعوى الردّ في المسألة السابقة .

بل في المسالك أن ظاهرهم عدم الخلاف في تقديم قول الموصى له ، و اليتيم في عدم القبض هنا ، و لعله كذلك للفرق بينه وبين ما تقدم بأن دعوى الردّ هنا على من لم يأتمنه ، بخلافه هناك ، و في محكي المبسوط قدجعل ذلك ضابطا في كل أمانة حتى في الوديعة لو ادّعى ردها على الوارث ، و إن كان قد عرفت عدم الفرق عندنا بين الجميع في أن القول قول منكر الردّ الا في الوديعة المدعى ردّها على المالك أو وكيله للنص و الاجماع لما عرفت .

﴿ و كذا القول في الأب و الجدّ و من حصل في يده ضالة ﴾ أو لقطة لاتحاد المدرك في الجميع و هو عموم قوله « البينة على المدعي و اليمين على من انكر » بعد عدم اقتضاء الامانة و قاعدة الاحسان القبول في ذلك و بعد حرمة القياس على الوديعة كما عرفت الكلام فيه والله العالم .

المسألة ﴿ الثالثة : إذا ادعى الوكيل ﴾ و قوع ﴿ التصرف ﴾ الذي وكّل عليه ﴿و أنكر﴾ ذلك ﴿ الموكل مثل أن يقول : بعت ﴾ المتاع و تلف الثمن منّي مثلا ﴿أو﴾ قال ﴿قبضت﴾ المبيع لك مثلا و تلف مني وأنكر ذلك الموكل ليترتب على الأول غرامة الوكيل المبيع عينا أو قيمة و في الثاني عدم غرامة الثمن من الموكل لكون المبيع قد تلف قبل قبضه فلا ثمن عليه .

﴿قيل﴾ و القائل غير واحد ان ﴿ القول قول الوكيل ، لأنه أقر بماله أن يفعله ﴾ فيندرج تحت الأصل المعروف الّذي هو « من ملك شيئا ملك الاقرار به » و عليه بنوا نفوذ اقرار الصبى فيما له أن يفعله كالوصية و العتق و التصدق ، و كذا قبول قول العبد المأذون في التجارة فيما يتعلق بها ، و الوليّ في تصرفه بمال المولى عليه .

﴿ ولو قيل : القول قول الموكّل ﴾ لأصالة العدم ﴿ أمكن ﴾ بل في جامع المقاصد هو أمتن دليلا ، و عن مجمع البرهان كأنه أظهر و عن موضع من التذكرة أن القول قوله خصوصا إذا كان النزاع بعد العزل و إن كنت لم أتحققه .

و ﴿ لكن ﴾ مع ذلك كلّه ﴿ الاول أشبه ﴾ بأصول المذهب و قواعده التى منها ما سمعت ، ومنها أنّه امين قدنهى عن تخوينه الذي منه تكذيبه . و أنه محسن، و إن كان في عدم تصديقه العسر و الحرج المنفيين بالاية [1] و الرواية و اختلال نظام المعاملات بانصراف رغبة الناس عن معاملات الاولياء و الوكلاء و المأذونين خصوصاً في المضاربات، ولأنه بتوكيله أقدم على قبول قوله فيما يفعله ، فيجب أن يصدقه كما

(١) سورة الحج الاية – ٧٨ .

الزم بتصديقه في دعوى التلف التي هي عند القائل ليس إلا لانه أمين و صاحب يدعلى ما اؤتمن عليه .

و بذلك كلّه ظهر لك أن تقديم قول الوكيل في هذه المسألة ليس لأن اقراره إقرار من الموكّل ، ضرورة عدم ما يقتضي ذلك في شيء من الأدلة بل فيها مايقتضي خلافه ، و لذا كلف باليمين بل إنما هو للنهي عن تهمة الأمين المرادمنه تقديم قوله على قول المالك عند التنازع ، و منه المقام الذي لم أجد خلافا صريحا فيه بل في مصابيح الفاضل الطباطبائي نسبته إلى تصريح الأصحاب الا من شذّ بل فيهاعن الصيمري اتفاق الفتوى على ذلك ، بل قد تشعر عبارة المتن بذلك ايضاً حيث نسبه الى الامكان على تقدير القول به وستسمع الكلام في المسألة العاشرة .

المسألة ﴿ الرابعة : اذااشترى انسان سلعة، وادعى ﴾ بعد ذلك ﴿ أنه وكيل لإنسان فأنكر﴾ الإنسان وكالته ﴿ كان القول قوله مع يمينه ﴾ لأن الأصل عدم الوكالة ﴿ و يقضى على المشترى بالثمن ﴾ لظهور مباشرة العقد في كون الشراء له ﴿ سواء اشترى بعين أو في الذمة ، إلا أن يكون ذكرانه يبتاع له في حالة العقد ﴾ أو قامت البينة على ان عين الثمن للموكّل أو نحو ذلك ، كما تقدم الكلام في ذلك مفصلا .

مع أنه ﴿و﴾ اضح كوضوح الحكم فيما ﴿ لوقال الوكيل : ابتعت ﴾ بقصد أنه﴿ لك فأنكر الموكل أوقال ابتعت ﴾ بقصد أنه ﴿ لنفسي فقال الموكّل : بل لي فالقول قول الوكيل ﴾ بيمينه ﴿ لأنه أبصر بنيته ﴾ المتعلقة بفعله بلا خلاف ولا اشكال ، مع فرض كون الاختلاف في النية التي لاتعلم الا من قبله .

بل ربما استظهر من عبارة المتن قبول قوله بلا يمين لعدم تصور الدعوى عليه إلا على القول بسماعها مع التهمة أو أن اليمين حق له على كل حال أما لو فرض إمكان الاطلاع على قصده ولو باقراره فقد توقف بعض متأخري المتأخرين في قبول قول الوكيل للأصل ، لكن فيه ما عرفت من لزوم تقديم قوله مع فرض التداعي معه

لأنه أمين و الله العالم .

المسألة ﴿ الخامسة : إذا زوجه إمرأة ﴾ بعنوان التوكيل كما فرضه جماعة، أو مطلقا كما هو مقتضى اطلاق المصنف وغيره ، بل والدليل خصوصا صحيح الحذا[1] الذي تسمعه ﴿ فانكر الوكالة ولا بينة كان القول قول الموكل مع يمينه ﴾ لأنه منكر بلا خلاف ولا اشكال .

﴿ و يلزم الوكيل مهرها ﴾ الذي اوقع العقد عليه كما عن النهاية والوسيلة و النافع و كشف الرموز و التحرير و الارشاد و القواعد و القاضي و الكيدرى لا لأن المهر يجب بالعقد كملا ولا ينتصف الا بالطلاق المفقود في المقام و قد فوته الوكيل عليها بتقصيره في الاشهاد ، ولا لأنه أقر بأنه اخرج بضعها عن ملكها بعوض لم يسلم اليها فكان عليه الضمان ، فإن كل من أقر باخراج ملك عن غيره لعوض لم يسلم ضمنه له ، لتفريطه ـ اذهما كماترى .

بل لخبر محمد بن مسلم[2] عن الباقر عليه السلام « في رجل زوجته أمه ولم يقبل فقال : إن المهر لازم» لأنه بناء على تنزيله على دعوى الوكالة ، بل عن الشيخ واتباعه العمل به على ظاهره ، ﴿و﴾ لكن يمكن حمله على ما ﴿ روي ﴾ من لزوم ﴿ نصف مهرها ﴾ كما تسمعه في صحيح الحذاء فتتفق النصوص جميعاً حينئذ على النصف الذي عمل به الشيخ و الحلي و يحيى بن سعيد و الفاضل في التذكرة و الفخر و غيرهم على ما حكي به في المسالك و غيرها أنه المشهور .

لخبر عمر بن حنظله[3] « عن ابى عبدالله عليه السلام في رجل قال لآخر اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاولت من صداق ، أو ضمنت من شيء أو شرطت فذلك رضائي و هو لازم لي ، ولم يشهد على ذلك ، فذهب و خطب له و بذل عنه الصداق و

(١) الوسائل الباب ـ ٢٦ ـ من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد الحديث ـ١ .

(٢) الوسائل الباب ـ ٧ ـ من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد الحديث ـ ٣

(٣) الوسائل الباب ـ ٣ ـ من ابواب احكام الوكالة الحديث ـ ١

غير ذلك مما طلبوه و سألوه . فلمارجع إليه ، انكر ذلك كلّه ، قال يغرم لها نصف الصداق عنه ، و ذلك أنه هو الذي ضيع حقها ، فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له ، حل لها أن تتزوج ، ولا يحلّ للأول فيما بينه و بين الله عزوجل إلا أن يطلقها ، لأن الله تعالى يقول : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » فإن لم يفعل فانه مأثوم فيما بينه و بين الله عزوجل . وكان الحكم الظاهر حكم الإسلام وقد أباح الله عزوجل لها ان تتزوج» .

و صحيح أبي عبيده [1] عنه عليه السلام ايضا « في رجل أمر رجلا ان يزوجه امرأة من اهل البصرة من بني تميم فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بني تميم ، قال : خالف أمره ، وعلى المأمور نصف الصداق لأهل المرأة ولا عدّة عليها ولا ميراث بينهما فقال بعض من حضر فإن أمره أن يزوجه امرأة ولم يسم أرضا ولاقبيلة ثم جحد الآمر أن يكون أمره بذلك بعدما زوجه ، فقال : إن كان للمأمور بينة أنه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الآمر و إن لم يكن له بينة كان الصداق على المأمور لأهل المرأة ولاميراث بينهما ولاعدّة عليها ، ولها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقاً و إن لم يكن سمّى لها فلا شيء لها » .

و من ذيله يعلم أن المراد بالصداق اولا النصف ، كما يعلم ارادة المرأة من « الأهل » فيه وإلا كان دالا على وجوب مهر و نصف ولم يقل به أحد ولا وجه له ولعلّه لعدم تنقيح المراد من هذا الصحيح واشتمال الأول على التعليل الذي لايوافق الضوابط واستبعاد الالتزام بمقتضاها الشامل للوكالة التي اخبر هابها ، وللفضولية ونحو ذلك مما لاغرور فيه واحتمالها ضمان الوكيل المهر بعد العقد والاعتراف بالوكالة ،

﴿ و ﴾ التنصيف حينئذ تنزيلا لانتفاء النكاح ظاهرا منزلة الفسخ بالطلاق .

﴿ قيل : ﴾ وإن لم نعرف القائل به غير واحد قبل المصنف ﴿ يحكم ببطلان العقد في الظاهر ﴾ لعدم ثبوت الوكالة ﴿ و ﴾ عدم غرامة شيء على أحد منهما .

(١) الوسائل الباب ـ ٢٦ من ابواب عقد النكاح و أولياء العقد الحديث ـ ١ .

نعم ﴿ يجب على الموكل أن يطلقها ﴾ فيما بينه و بين الله تعالى بلاخلاف أجده فيه ، بل في جامع المقاصد لاريب فيه وقد نطق به الكتاب والسنة من قوله تعالى[1] « فامساك بمعروف » و قاعدة الضرر والضرار وحفظ الانساب ونحو ذلك ﴿ إن كان يعلم صدق الوكيل ، وأن يسوق إليها نصف المهر ﴾ ﴿ و ﴾ لا ريب في أن ﴿ هذا ﴾ القول ﴿ قوي ﴾ بحسب القواعد ، بل مال إليه جماعة منهم الفاضل وولده و ثاني الشهيدين ، بل جزم ثاني المحققين بأنه أصح .

لكنه مخالف للشهرة البسيطة ، أو المركبة ، أو الاجماع كذلك ، الجابرة للنصوص المزبورة التي لا أقل من الفتوى بالمتيقن منها وهو النصف فيما لو غرّها بدعوى الوكالة صريحاوعدم علمها بصدقه ، دون باقي الصور ، وإن دل عليه الخبران أو أحدهما .

وعلى كل حال فلا اشكال في صحّة طلاق الموكل لها وإن لم يعترف بالزوجية. بل صرّح غير واحد بصحته منه وإن أوقعه معلقا ، كقول إن كانت زوجتي فهي طالق، لعدم كونه تعليقا مانعا ، ضرورة عدم اقتضائه تأخير الأثر ، على أنه عالم بالحال وعلّقه على أمر معلّق عليه في الواقع ، و إليه يرجع ما في الروضة «لأنه أمر يعلم حاله ، وكذا في نظائره كقول من يعلم أن اليوم جمعة : إن كان اليوم الجمعة ، فقد بعتك كذا أو غيره » .

لكن في الرياض « إنه كذلك إذا لم يكن الإنكار مستندا إلى نسيان التوكيل، وإلا فلا يصح » و فيه أن الظاهر الصّحة حتى مع ذلك ، ولعدم دليل يقتضي بطلانه كذلك بل مقتضى الاطلاقات الصّحة ، و من هنا أطلق من عرفت . ومنه يعلم ما في تعليل الروضة السابق .

و أما المرأة فلا إشكال ولا خلاف في أنّ لها التزويج و إن لم يطلّق الموكل إذا لم تكن عالمة بالوكالة ، لأنّها خليّة في ظاهر الشرع كما أفصح به الخبر المزبور.

---

(١) سورة البقرة الاية - ٢٢٩

نعم لو كانت عالمة بصحة الوكالة لم يكن لها ذلك، وليس للحاكم اجبار الزوج عليه. نعم قد يقال: بأن له الطلاق عنه مع امتناعه من وقوعه، فيؤثر أثره حينئذ مع فرض الزوجية في الواقع للامتناع عن القيام بها والطلاق، وإلا لم يحتج إلى طلاق.

و ربما احتمل أن لها الفسخ أو للحاكم، أو البقاء على الزوجية حتى يفرج الله عنها بموت و نحوه، ولعلّ ما ذكرناه أولى بعد عموم ولاية الحاكم لمثل ذلك، لقاعدة الضرر و غيرها، وللاية [1] ونحوها والله العالم.

المسألة ﴿ السادسة : إذا وكله في ابتياع عبد فـ ﴾ ادعى أنه ﴿ اشتراه ﴾ له ﴿ بمأة، فقال الموكل: اشتريته بثمانين، فالقول قول الوكيل ﴾ كما اختاره جماعة منهم الشيخ في المحكي من مبسوطه ﴿ لانه مؤتمن ﴾ والفعل فعله من غير فرق بين كون الثمن من غير مال الموكل. أو في ذمته، ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لو قيل: القول قول الموكل. كان أشبه ﴾ بأصالة البراءة من الزايد ونحوها ﴿ لأنه غارم ﴾ بالأخذ من ماله المعين المجهول ثمناً أو الأداء عن ذمته، بل عن الارشاد و مجمع البرهان اختياره، بل لعله مقتضى ما تقدم للتذكرة، إلا أنه مناف لما سمعته من المصنف في المسألة الثالثة. ولما يأتي له في العاشرة.

والتحقيق ما عرفت و تعرف من أن التداعي إن كان بين الموكل و الوكيل كان القول قول الوكيل لماسمعت، وإن كان بين الموكل والبايع فالقول قول الموكل وان صدق الوكيل البايع لماستعرفه من اقتضاء الأدلة تقديم قوله في التداعي معه خاصة، لأن اقراره اقرار مطلقاً كما تسمع تفصيل الحال فيه في المسألة العاشرة.

و على كل حال فما عن أبي حنفية من التفصيل بين الشراء بالعين فالقول قول الوكيل، لانه الغارم لما زاد على الثمانين، والموكل إن كان الشراء في الذمة لأنه الغارم واضح الضعف، ضرورة اخذ الثمن من مال الموكل على كل حال، كما ان مافي المسالك و غيرها من فرض موضوع المسألة بما اذا كان المبيع يساوى ماءة، وإلا لم يكن الشراء صحيحا لايخلو من نظر، ضرورة امكان الغبن في حق الوكيل، ولا

(١) سورة البقرة الآية ــ ٢٢٩

يقتضي خروجه بذلك عن الوكالة ، و انما اقصاه الخيار كما أوضحناه في محله .

المسألة ﴿ السابعة ﴾ قال في محكي المبسوط ﴿ اذا اشترى ﴾ الوكيل ﴿ لموكله ﴾ مصرحاً بذلك في العقد ﴿ كان البايع بالخيار إن شاء طالب الوكيل ، وإن شاء طالب الموكل ﴾ ويكون دخول الوكيل في هذا التصرف بمنزلة دخول الضامن في الضمان ، فان أعطاه كان له الرجوع بما وزن ، لأنه توكل باذنه في الشراء ، و ذلك يتضمن تسليم الثمن ، و كان الاذن في الشراء اذناً فيه و فيما يتضمنه .

و ربما اشكل بأنه لاوجه لرجوعه على الوكيل مع فرض العلم بالوكالة ، ضرورة كون الثمن فيما فرضه في ذمة الموكل ، لأن الشراء له ، ولاضمان من الوكيل .

نعم مع الجهل بالوكالة يتجه مطالبة الوكيل لظهور مباشرة الشراء في كونه له ، ولكن يتوجه حينئذ اختصاص المطالبة به مع فرض استمرار الجهل بذلك .

و من هنا قال المصنف ﴿و﴾ تبعه بعض الناس ان ﴿ الوجه اختصاص المطالبة بالموكل مع العلم بالوكالة ، و اختصاص مطالبة الوكيل مع الجهل بذلك ﴾ إلى حين القبض أو مطلقا ، كما احتمله في المسالك للاكتفاء بالجهل حال العقد في استحقاق المطالبة ، و ان علم بعد ذلك استصحابا لما كان ، ولامكان عدم رضاه بمطالبة الموكل لو علم ابتداء .

وعلى كل حال فلا يكفي في ثبوت الوكالة المقتضية لسقوط حق المطالبة عن الوكيل اعتراف الموكل بها ، إذ يمكن أن يكون تواطيا منهما لاسقاط حق المطالبة خصوصاً إذا كان قويا.

هذا كلّه إذا كان الثمن في الذمة ولم يكن قد دفعه الموكل إلى الوكيل ، أما اذا كان عينا قد وقع العقد عليها ، فقد صرح في جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والتنقيح على ما قيل بمطالبته لمن هي في يده من غير فرق بين الوكيل والموكل ، وإن كان في الذمة ، ولكن كان قد دفع الموكل اليه ما يجعله ثمنا ، ففي القواعد و محكي الكتب السابقة والتذكرة تخيّر في مطالبة الوكيل لأن الثمن في يده ، والموكل لأن

الشراء له وما دفعه له لم يتشخص ثمنا هذا خلاصة ماحصلناه من كلماتهم .

لكن قد يقال إن من مقتضيات العقد استحقاق تسليم الثمن والمثمن من مباشره سواء كان مالكاً أووليا شرعيا ولو وكيلا عليه ، وعلى ما يقتضيه من القبض والاقباض لا أنه وكيل على مجرد الصيغة ، و يكون الاذن حينئذ مقدمة لتحقق العقد مقتضاه لأن المباشر له بها يكون متأهلا للمطالبة بالتسليم .

ومن هنا يتسلط البايع أو المشتري على الخيار بامتناع الوكيل ، عن التسلم والتسليم إذا كان وكيلا على ذلك ولا يسقط خيار البايع أوالمشترى بامتناع الوكيل لأن الشراء انّما هو الموكل ، اذ هو وإن كان كذلك إلا أنّ ماذكرناه من أحكام ولي العقد و توابعه .

ولايتوهم أن لايقتضي اختصاص المطالبة به ضرورة ثبوتها أيضاً لمن كان الشراء له باعتبار ثبوت الحق عليه ايضاً ولو لمباشرة وكيله، ومن هنا يتجه التخيير الذي ذكره الشيخ في المحكي من مبسوطه.

بل قد يقال به أيضاً فيما إذا كان الثمن عينا أيضاً ضرورة عدم منافاة ذلك للمطالبة بتسلمها للوكيل الذي باشر العقد إذا لم تكن في يده أو للموكل كما هو واضح بأدنى تأمل ، فلا تختص بمن كانت هي في يده ضرورة اقتضاء العقد التسليم كما عرفت بل مما ذكرنا يظهر لك ما في اطلاق جملة من عبارات الأصحاب ، وأنها محتاجة الى التقييد ببعض القيود التي لا تخفى على من أحاط بقواعد الفقه والله العالم .

المسألة ﴿ الثامنة إذا طالب الوكيل ﴾ الثابتة وكالته بما وكل عليه ﴿ فقال الذي عليه الحق : لا تستحق المطالبة ﴾ اي ولم يذكر أزيد من ذلك ﴿ لم يلتفت إلى قوله ﴾ كما عن المبسوط وغيره ﴿ لأنه مكذب لبينة الوكالة ﴾ .

لكن في القواعد « على اشكال » ولعله مما عرفت ، و من أعمية ذلك من التكذيب ضرورة إمكان كونه لابراء أو لطرو عزل أوأداء الى الموكل أو نحو ذلك ، وقد يدفع بما في جامع المقاصد و المسالك بما حاصله أنه يكفي في سماعها عدم تحريرها بعد أن كانت مشتركة بين المسموعة وغير المسموعة فلا تعد دعوى شرعيه تستحق الجواب .

اللهم إلا يقال إن أن حجية قول المسلم و أصالة صحة دعواه وعموم البينةعلى المدعي و نحوه تقضي بالقبول حتى يعلم فسادها بتكذيب للبينة ونحوه وإلافهي مقبولة يترتب عليها توجه اليمين و اقامة البينة ونحو ذلك والله العالم .

﴿ولوقال : عزلك الموكل﴾ سمعت بالبينةمثلا لأنها دعوى شرعيةلكن﴿ لم يتوجه على الوكيل اليمين الا ان يدعى عليه العلم ﴾ ضرورة أن العزل فعل الغير واليمين عليهاانماهو على نفي العلمبه ﴿وكذا لو ادعى انالموكل ابرأه ﴾ من الحق أو أدّاه اليه كما هو واضح .

المسألة﴿التاسعة﴾ لاخلاف بيننا بل وبين كافة المسلمين ولااشكال في أنه﴿تقبل شهادة الوكيل لموكله فيما لا ولاية له فيه ﴾ كما تقبل عليه لعموم مادل على قبول خبر العدل بخلاف مّاهو وكيلفيه ، فانها لاتقبل فيه للتهمة كما عن الشيخوالحلي و الفاضل و غيرهم التصريح به بل هو المشهور بل لم أجد فيه خلافا لها ﴿و﴾ كذا صرحواأيضاً بعدم قبول شهادته في جرح شهودالمدعي على الموكل .

نعم ﴿ لو عزل قبلت ﴾ عندنا ﴿ في الجميع ﴾ ولو فيماله ولاية عليه لعدم التهمة حينئذ وعدم الخصومة فهو كما لو شهد قبل التوكيل في شمول ادلة القبول له و ما عن بعض العامة من عدم القبول بمجرد التوكيل واضح الضعف فلا إشكال حينئذ في القبول ﴿مالميكن أقام بها﴾ وردّت للتهمة كما عن التحرير وغيره﴿أو شرع في المنازعة﴾ التيهو وكيل فيها فلاتقبل حينئذللتهمة بارادة اظهار مالدعي به و لتحقق الخصومة لكن قيده بعض الناس بما اذا جرى الأمر على التواصل .

و أما إذا طال الفصل فربما استظهر من كلام الفاضل في القواعد القبول ، و في جامع المقاصد أنه محتمل و هو كذلك اللهم الا ان يدعى خروجه بذلك عن تأهل الشهادة و قبولها ، و ان زالت التهمة و ارتفعت الخصومة ، و بذلك يفرق بينه و بين الفاسق إذا عاد للعدالة ، و الصبي اذا بلغ و الكافر إذا أسلم ، فلا تقبل حينئذ شهادة الشريك لشريكه بعد ان ردّت بذلك ولو صالح شريكه بعد ذلك على وجه صار الحق كله للشريك الآخر فتأمّل جيدا ، هذا .

ولكن عن أبي علي قبول شهادة الوصي بمال اليتيم ، بل عن كشف اللثام الميل اليه مؤيدا له بمكاتبة الصفار ، و لعلّ الوكيل أولى فما عن الاخير من الجزم بعدم القبول فيه وصيلة الى القبول في الوصي في غير محلّه ، اللهم إلا أن يكون الوجه الجمود على مكاتبة الصفار .

و لعلّه لذا حكى عن الاردبيلي منع كون مطلق الوكالة و الولاية نفعاً يمنع من شهادة العدل المقبول ، وتبعه على ذلك صاحب الحدائق ، لكنه كما ترى كالاجتهاد في مقابلة الاجماع ، بل قد يشك في تناول الشهادة لمثله ، ضرورة كونه شهادة له في الحقيقة ولو من حيث الوكالة والولاية نحو شهادة المرتهن وشبهه ، و تسمع الكلام فيه في محلّه انشاء الله .

المسألة ﴿العاشرة : لو وكّله بقبض دينه﴾ مثلا ﴿ من غريم له فأقر الوكيل بالقبض و صدقه الغريم ﴾ و أنه تلف من يده ﴿ و أنكر الموكل ﴾ القبض منه ﴿ فالقول قول الموكل﴾ و فاقا للمبسوط والتذكرة والقواعد و غيرها ، بل في شرح الصيمري نسبته الى فتوى الاصحاب الا الفخر ، لأن الدعوى انما هي بين المالك و الغريم ، ولا نزاع بينه و بين الوكيل ، وليس في الادلة ما يقتضى الزام الموكل باقرار الوكيل فيما وكل فيه مع عدم الخصومة معه ، و ما تقدم في المسألة الثالثة من تقديم قول الوكيل انما هو مع كون التداعي معه .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك قال في المتن ﴿ فيه تردد ﴾ و في القواعد على اشكال مما سمعت ، و من نفوذ قول الوكيل على الموكل باعتبار كونه أمينه ، والفعل فعله، إلا أنه كما ترى لا دليل عليه إذا كانت الدعوى مع غيره ، و تقديم قوله حيث تكون الدعوى معه لا يقتضي سقوط دعواه على الغير اذ لا يزيد تقديم قوله في ذلك على تقديم قوله في التلف بغرق أو حرق ، مع أنه لا يسقط الدعوى من المالك على أجنبي بماله كما هو واضح ، خصوصاً إذا أعرض المالك من أول الأمر عن الدعوى مع الأمين ، و خص الدعوى بالأجنبي ، و خصوصاً في مثل المقام الذي لا دعوى أصلا بين المالك والوكيل ، لعدم القبض منه بزعم المالك ، و انما هي مختصة بينه و بين الغريم .

و دعوى أن اعتراف الوكيل بذلك و ان لم تكن الخصومة معه مسقط لدعوى المالك المقتضية تكذيبه فيما ذكره ، و قد نهى عن تهمته على وجه يراد منه عدم سماع التهمة في حقه و إن كانت تكذيبا خاصة بلا تغريم ـ ممنوعة على مدعيها كل المنع ، بل لاينبغي ان تصدر من فقيه ماهر ، ضرورة عدم ما يقتضى أن اقرار الوكيل اقرار الموكل ، بل في الادلة ما يقتضي عدمه ، خصوصا قاعدة الاقرار في حق الغير .

و تقديم قوله حال كون الخصومة معه ، انما هو لكونه موتمنا ، و صاحب يد على فعله ، كتقديم قوله في التلف في الخصومة معه ، لا لأن اقراره اقرار الوكيل ، و الا لم تحتج الى اليمين كما هو واضح بادنى تأمل ، و النهي عن تهمته انما يراد منه تقديم قوله في التداعي معه ، ولو بما يقتضي تكذيبه ، فضلا عن اتهامه ، لا أن المراد منه عدم تكذيبه ولو بالدعوى على الغير المقتضية لذلك .

و حينئذ فاذا حلف المالك على بقاء حقه في ذمة الغريم أخذه ، ولا رجوع للغريم على الوكيل مع تلف المال في يده بغير تفريط ، لكونه ظالما بزعمه في أخذه منه ، ولا رجوع له بالظلم . هذا كله في مفروض المسألة .

﴿ أما لو أمره ببيع سلعة ﴾ مثلا ﴿ و تسليمها و قبض ثمنها فتلف ﴾ الثمن ﴿ من غير تفريط ﴾ على دعوى الوكيل ﴿ فأقر الوكيل بالقبض ، وصدقه المشتري ، و أنكر الموكل فالقول قول الوكيل ﴾ هنا بلا خلاف أجده فيه .

بل في شرح الصيمري اتفاق الفتاوى عليه ﴿ لأن الدعوى هنا على الوكيل من حيث أنه سلّم المبيع ولم يتسلم الثمن فكأنه يدعي ﴾ الموكل ﴿ ما يوجب الضمان ﴾ على الوكيل باعتبار تفريطه بذلك ، و الأصل براءة ذمته مع أنه أمين بالنسبة إليه ، و قوله مقبول فيما اؤتمن عليه ﴿ و هناك ﴾ أي في المسألة الاولى ﴿ الدعوى على الغريم ﴾ دون الوكيل .

و لكن مع ذلك قال المصنف و تبعه غيره ﴿ و في الفرق نظر ﴾ لان الاختلاف في المقامين في فعل الوكيل فمع فرض كون قوله مقبولا فيه ينبغي عدم سماع دعوى المالك في المقامين

و إلا قبلت فيهما ، و قد عرفت أن الأشبه عند المصنف في المسألة الثالثة الاول ، بل قد عرفت أنه تردد في قبول قول الموكل وحينئذ يكون نظره رجوع الاولى إلى الثانية في الحكم كما عن فخر المحققين لا العكس إلا أنه لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرنا في المسألة الثالثة و هنا تحقيق الحال .

ونزيده وضوحاً بأن الدعوى متى كانت من الموكل على الوكيل لارادة تغريمه مثلا فالقول قول الوكيل لأنه أمينه والفعل فعله ، و متى كانت على اجنبي لم يكن اقرار الوكيل مؤثرا في عدم سماعها بل تبقى على حكم ساير الدعاوي ففي مثل المقام للمالك توجيه الدعوى على كل منهما ، فإذا اعرض عن الوكيل ، ووجه الدعوى على المشتري وطالبه بالثمن كان له ذلك بعد يمينه أنه باق في ذمة المشتري ، ولا يكون إقرار الوكيل بالقبض مسقطا للدعوى ، بعد ان لم تكن الخصومة معه .

ولو طالب الوكيل من حيث دعوى ضمانه للثمن بتسليم المبيع قبل تسليم الثمن المفروض عدم إذنه فيه كان القول قول الوكيل هنا للأدلة التي سمعتها في المسالة الثالثة و في المقام .

بل الاقوى في النظر عدم سقوط الدعوى عن المشتري مع ذلك ، خلافا للتذكرة و المسالك و غيرهما اذ لم يفد تقديم قوله على قول المالك بيمينه الاعدم ضمان الوكيل وسقوط الدعوى بالنسبة اليه خاصة لأنه وصول للثمن واقعا على وجه يسقط الدعوى عن المشتري ضرورة مساواة تقديم قوله هنا لتقديم قوله في التلف المعلوم عدم اقتضائه سقوط الدعوى لو أرادها بعد ذلك على أجنبي كما قدمناه سابقا هذا كلّه في الدعوى عليهما وبدء بالوكيل .

أمّا اذا كانت الدعوى مختصة من الأصل بغير الوكيل كما في قبض الدين من الغريم و نحوه أو كانت مشتركة ولكن أعرض عن الوكيل ، ووجّه الدعوى على الغير فلا وجه لسقوط الدعوى باعتراف الوكيل الذي لم تكن خصومة بين الموكل و بينه .

و بذلك كله ظهر لك ما في كلام المصنف و من تأخر عنه كالفاضل وولده والمحقق الثاني والشهيد الثاني و الصيمري والعلامة الطباطبائي و إن أطنب رحمه الله في مصابيحه بذكر كلام جميع من تعرض للمسألة ، اللهم إلا أن يتكلف رجوع بعض كلماتهم إلى ماذكرنا ، والاصل في هذه المسألة ما في محكي المبسوط ، وهو مع التأمل كالصريح فيما قلناه في تحقيق المسألة .

قال : « إذا وكل رجل رجلا في قبض دين له على غيره ، فادعى الوكيل أنه قبضه منه و سلمه إليه ، أو قال : تلف في يدي ، وصدقه من عليه الدين ، وقال الموكل لم يقبضه منه ، قال قوم : إن القول قول الموكل مع يمينه ولا يقبل قول الوكيل ولا المدين إلا ببينة ، لأن الموكل يدعي المال على المدين دون الوكيل لأنه يقول أنا لا أستحق عليك شيئا، لأنك لم تقبض المال ، و إنما مالي باق على المدين ، ولهذا إذا حلف طالب الذي عليه الدين ولا يثبت بيمينه على الوكيل شيئاً فاذا كان كذلك كان بمنزلة أن يدعي من عليه الحق دفع المال إليه ، و هو ينكر ، فالقول قوله ، و كذلك هيهنا و هذا اقوى .

و إذا وكله بالبيع و التسليم و قبض الثمن فباعه ، و سلم المبيع فادعى قبض الثمن و تلفه في يده أو ادعى دفعه إليه ، فأنكر الموكل أن يكون قبضه من المشتري كان القول قول الوكيل مع يمينه لأن الأصل أنه أمين ، و أنه لا ضمان عليه .

و يخالف المسألة الاولى ، لأن المدعى عليه فيها هو الذي عليه الدين ، و هو الخصم فيه ، و إذا جعلنا القول قول الموكل في المسالة الأولى لم توجب على الوكيل غرامة ، وفي المسألة الثانية توجب غرامة ، فجعلنا القول قول الوكيل في الثانية » و تبعه غيره في ذلك .

و هو بعد تهذيبه يرجع إلى ما ذكرنا فلاحظ و تأمل جيدا لتعرف الحكم في جميع مواردالمسألة التى منها مالو وكله على طلاق زوجة مثلافقال الوكيل طلقت و ادعى الموكل على الزوجة عدم ذلك ، كان القول قوله ، لأن الدعوى بينه و بين

الزوجة ، و الوكيل لادعوى عليه ، و كذا الوكالة في العتق .

أما لو كان وكيلا على القرض فقال : استقرضت لك ألفا مثلا و تلفت ، أو انفقتها فيما وكلتني فيه أيضاً ، ولم يكن هناك ثالث تكون الدعوى بين الموكل و بينه كان القول قول الوكيل ولو بعد عزله عن الوكالة ، لأنه أمينه و هكذا .

نعم بقي شيء هل للموكّل الدعوى على الأجنبي مع اخبار الوكيل بالقبض منه أو الطلاق او العتق بأصالة العدم و نحوها و ان احتمل صدقه ، أو لابد في ذلك من العلم بتكذيب الوكيل ، قد يظهر من المحكي من بعض كلمات الاردبيلي الثاني ، و يحتمل الأول لعدم ما يدل على وجوب قبول خبره فيما اؤتمن عليه في غير مقام التداعي معه ، و إن كان له التناول باخباره و التصرف فيما يأتيه له بعنوان الوكالة و لكن لا ريب في أن الاحوط الثاني والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لوظهر في المبيع عيب ردّه على الوكيل دون الموكل لأنه لم يثبت وصول الثمن اليه ﴾ وإن سقط مطالبته به للوكيل بدعواه أنه قبضه و تلف منه مع يمينه ، بل والمشتري بناء على أن ذلك يقتضي سقوط الحق عنه لاتحاده إلا أن هذا السقوط لا يقتضي الوصول إليه ، ولو بقبض الوكيل ، الا أنه لا يخفى عليك ما فيه ، ضرورة أن المال مال الموكل ، لأن الفرض علم المشتري بذلك ، و وصول الثمن اليه و عدمه لا مدخل له في ذلك ، بل قد لا يجوز له ردّه على الوكيل إذا لم يكن وكيلا على قبضه على تقدير ردّه بالعيب .

و حينئذ فقول المصنف ـ ﴿ ولو قيل : يرد المعيب على الموكل كان أشبه ﴾ و الفاضل في القواعد أقرب و الفخر في محكي الايضاح أصح ، و ثاني الشهيدين في المسالك أقوى ـ في غير محلّه ، لعدم وجه لاحتمال المنع ، بل المحكي من عبارة المبسوط خال عن ذلك .

قال : « إذا وكل رجلا في بيع ماله و قبض ثمنه فادعى أنه قبض الثمن و تلف في يده أو دفعه اليه ، و صدقه المشتري على ذلك ، وقال الموكل ما قبضه الوكيل كان

القول قول الوكيل على أصح الوجهين ، فاذا حلف برء ، فاذا وجد المشتري بالمبيع عيبا كان له ردّه بالعيب ، فان اقام البينة على أنه دفع ثمنه إلى الموكل أو الوكيل كان له رد المبيع على أيهما شاء و مطالبته بالثمن ، وإن لم تكن بينة لم يكن له مطالبة الموكل بالثمن ورد المبيع عليه ، لانه ما أقر بقبض الثمن منه ، و ليس للوكيل مطالبة الموكل ويكون القول قول الموكّل مع يمينه أنه لا يعلم أنه قبض الثمن من المشتري فاذا حلف لم يكن له مطالبته إلا أن يقيم بينة على ما يدعيه من قبض الثمن من المشتري و تلفه في يده أو دفعه اليه » .

وهو كما ترى ظاهر أو صريح في الردّ من دون مطالبة بالثمن ، و أما ماذكره من التخيير في المطالبة بالثمن مع البينة ، فلعله لاقتضاء الفسخ عنده تسليم الثمن على نحو اقتضاء العقد ، بخلاف ما إذا لم تكن بينة ، فانه ليس له إلا الردّ على الموكل و إن سقطت المطالبة بالثمن على الوكيل والمشترى ، أما المشتري فلما عرفت ، وأما الوكيل فلاعترافه بوكالته وتلف الثمن في يده .

نعم له اخذ العين باطنا ــ أي إذا لم يعلم منه الفسخ ــ مقاصة عن ثمنه مع دفع الزائد إن كان للمالك و التوصل اليه من مال الموكل و غير ذلك مع فرض النقصان هذا .

و لكن في التذكرة « فاذا حلف الوكيل أنه قبض و تلف الثمن في يده و قلنا ببراءة المشتري ، ثم وجد المشتري بالمبيع عيبا ، فان رد على الموكل و غرمه الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل لاعترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئا و إن رد على الوكيل و غرمه لم يرجع على الموكل ، و القول قوله مع يمينه في أنه لم يأخذ منه شيئا ، ولو خرج المبيع مستحقا رجع المشتري بالثمن على الوكيل ، لأنه دفعه إليه ولا رجوع له على الموكل » .

و فيه مالا يخفى من عدم جواز رجوعه على الوكيل في الاول بعد اعترافه بوكالته و تلف المال في يده ، وأما رجوعه على الموكل فهو مبني على وصول ذلك إليه

باقرار الوكيل بناء على أنه كالبينة بالنسبة إلى ذلك .

لكن على هذا ينبغي أن يكون له الرجوع عليه في الثاني ، أو يختص به بناء على أن قبض الوكيل في الظاهر قبض للموكل ، كما في القواعد الجزم به ، فانه بعد ان ذكر فيها أنه لو تلف المبيع في يد الوكيل بعد أن خرج مستحقا طالب المستحق البايع اوالوكيل أو الموكل الجاهلين و يستقر الضمان على البايع ، و هل للوكيل الرجوع على الموكل؟ اشكال قال : « ولوقبض وكيل البيع الثمن و تلف في يده فخرج المبيع مستحقا رجع المشتري على الوكيل مع جهله ، اي بالوكالة و يستقر الضمان على الموكل ، و إلا فعليه » و إن كان كلامه فيها أيضا لا يخلو من نظر ، ضرورة منافاة الاشكال لما ذكره أولا من الرجوع على الثلاثة الذي لاوجه له في الموكل إلا دعوى سببية القبض من الوكيل الضمان عليه باعتبار أنه قبض له لانه وكيل عنه على قبض المبيع في الظاهر .

بل قد يتوهم من ذلك اختصاصه بالموكل بعد العلم بكون القبض وكالة ، كما هو مقتضى كلامه الاخير ، وإن كان التحقيق خلافه إذ الظاهر سببية القبض لضمانهما معا بعد فرض كونه وكيلا عنه في قبض ما هو مبيع ظاهراً لانه و إن كان قبضه قبض الموكل ، إلا أنه لا ينافي الرجوع عليه بعموم [1] « على اليد » و إن كان هو يرجع على الموكل .

وبذلك يظهر أنه لاوجه لاختصاص الضمان بالموكل في الاخير مع العلم بالوكالة اذ هو كرجوع مستحق المبيع على الثلاثة و إن علم بأن الوكيل قد قبض على جهة الوكالة فتأمل جيدا فان المسألة لا تخلو من دقة والله العالم بحقائق أحكامه والحمدلله أولا وآخرا .

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٢ .

هذا آخر كتاب الوكالة من جواهر الكلام شرح شرائع الاسلام و نسأل الله بمحمد و آله الاعانة على اكماله و اتمامه و الحمد لله و صلى الله على خير خلقه محمد و آله الطاهرين .

* * *

إلى هنا تم الجزء السابع و العشرون من كتاب جواهر الكلام بحمدالله ومنّه وقد بذلنا غاية الجهد في تصحيحه و مقابلته للنسخة المصححة التي قوبلت بنسخة الاصل المخطوطة المصححة بقلم المصنف طاب ثراه .

و يتلوه الجزء الثامن و العشرون في احكام الوقوف والصدقات انشاء الله تعالى .

علي الآخوندي

فهرس ما في هذا المجلد

كتاب المزارعة و المساقاة

كتاب الوديعة

كتاب العارية